

# **UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**  
**Departamento de Derecho Administrativo**



## **TESIS DOCTORAL**

**Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión  
Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Sandra Milena Ortiz Laverde**

Director

**José Eugenio Soriano García**

**Madrid, 2014**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

Departamento de Derecho Administrativo



**TESIS DOCTORAL**

Entre Regulación y Competencia: Revisión Institucional de la Comisión  
Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**SANDRA MILENA ORTIZ LAVERDE**

Bajo la dirección del doctor:

**JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA**

Madrid, 2014





Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Administrativo  
Programa de Doctorado  
“Problemas Actuales de Derecho Administrativo”

Entre Regulación y Competencia: Revisión Institucional de la Comisión  
Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC

Doctoranda:  
Sandra Milena ORTIZ LAVERDE  
Director:  
Prof. Dr. D. José Eugenio SORIANO GARCÍA

Madrid, 2014

*Dedicado a*

*Papá y Mamá a esos dos seres que me dieron la vida,  
mi formación, lo que soy y lo que seré.  
aunque el destino hizo que tempranamente  
nos separamos, su esencia, sus pensamientos,  
su devoción, su entrega, se encuentran  
en estas páginas. Por eso este triunfo que  
hoy alcanzo no solo fue construido  
por mis manos, sino con  
su ayuda, con su alma y  
su corazón y hoy sé que cada  
día me parezco más a ustedes.*

*A mi Abue, a ese ser maravilloso,  
a quien mucho debo, a ese ser  
que es mi cómplice, mi amiga y  
mi más grande apoyo ante los  
difíciles momentos que he  
tenido que vivir, donde  
siempre ella ha estado ahí,  
entregándome amor, cariño y  
enseñándome que la vida  
hay que vivirla amando  
los sueños, la libertad y siendo  
fiel a lo que uno es y no a lo que  
otros esperan que se sea.*

## *AGRADECIMIENTOS*

Hace cinco años, me embarque en la aventura de cursar el doctorado, entonces busque que el viento soplara a mi favor y subí las velas y me eche a la mar para conquistar nuevamente Europa y el sueño que había plasmado en papel. Al culminar esta etapa, hay tantas personas que me gustaría agradecerles por su apoyo, cariño, por sus palabras de aliento y el ánimo permanente para que finalizara este ciclo, sin dudarle una de los más importantes de mi vida.

A mis papás, porque su espíritu siempre ha estado conmigo, en cada paso que doy y en cada montaña que he tratado de conquistar. Sé que desde donde estén, están orgullosos de que haya acabado esta etapa y lo que soy se los debo a ustedes.

A mi Abuela, al ser más mágico, lleno de bondad, de amor y de ternura. A ese ser que día tras día me daba ánimos para seguir adelante, para no desfallecer en la lucha. Por estar atenta a mis llamadas y esperando que el día de la lectura de la tesis llegará, para volver a Colombia. El tiempo ha llegado y muy pronto estaré en casa, para decirte gracias, por estar ahí y por el infinito amor que siempre he recibido de tu parte. La vida no sería igual si tú no estuvieras conmigo.

Al Doctor Fernando Hinestrosa, mi infinita gratitud. Sin su apoyo y la fe que deposito en mi, hoy este trabajo no vería la luz. De usted aprendí el amor por nuestra profesión, por la investigación, por la vocación de servicio. Hoy si estuviera entre nosotros, estaría muy complacido y feliz por la finalización de esta etapa y recibiría un bravo de su parte. Gracias por permitirme volar, por enseñarme que la vida se conforma de experiencias y que la maleta de viaje se llena de momentos, de sueños, imágenes y sensaciones que nos permiten ser diferentes y sobre todo ser libres.

Al Doctor Hernando Parra, mi eterno consejero, Maestro y mi segundo Papá. Durante este tiempo he sentido su apoyo, preocupación y orientación. La amistad y el cariño trascienden independientemente del cargo y lugar del mundo donde se esté. Con usted aprendí eso. Gracias por su apoyo y correos de ánimo, que eran para mí, pequeñas dosis de entusiasmo para llegar a la meta.

A mi casa la Universidad Externado de Colombia, a las personas que hicieron parte y las que están. Al Señor Rector Juan Carlos Henao, por continuar con el programa de formación de becarios en el exterior, porque gracias a este programa muchas personas hemos tenido la grandiosa oportunidad de formarnos, de aprender de otras culturas jurídicas, y a al volver a casa, hacer grande al Externado. A María Victoria, Amparito, Hilda, Doña Ruby, Juanita, a la Doctora Emilssen, Dolly y Clarita y a todas las personas que me han visto crecer tanto personalmente como profesionalmente en el Externado.

A Marsy mi prima, mi estancia en España no hubiera sido tan agradable sin tu compañía, apoyo comprensión, paciencia y nobleza. Mil gracias por escuchar mis largas e interminables conversaciones sobre esta tesis, por tu amistad, por el cariño, por ser mi compañera de viajes y de excursiones. Por ser una externadista de corazón y por ser mi familia en España. Ahora te toca a ti culminar tu tesis, estoy segura que lo harás mucho mejor que yo y yo estaré ahí para acompañarte cuando llegue el momento de la defensa.

Al profesor Soriano, mil gracias por las oportunidades y las enseñanzas recibidas, muchas de ellas las aplicaré en mi vida profesional y como docente. Con usted aprendí las diversas formas que se debe ver y conocer la academia, la profesión de Abogado y sin dudarlo como ver y descubrir a España.

Al Doctor Pablo Córdoba, por su apoyo y las lecciones recibidas durante mi redacción de la tesis de pregrado me enseñaron a seguir la senda de la investigación y no cometer alguno que otro error.

A mis compañeros de aventura Marta Martinez y Carlos Saura, son muchos los momentos vividos, las experiencias compartidas, las angustias y las alegrías, los tres llegamos con el objetivo de hacer la tesis doctoral y hemos tenido que superar diferentes etapas que han permitido consolidar nuestra amistad. Hay lazos que se hacen más fuertes cuando se viven las mismas experiencias y espero que la vida nos permita en un futuro encontrarlos y reírnos de esta etapa que fue intensa y apasionante como es la crear una tesis doctoral.

A mis amigos en Colombia y en España a Margarita y la pequeña Emma desde el vientre de su mamá (a las dos mil gracias por su paciencia con mis correos, por darme ánimos en los momentos de debilidad y de cansancio), a Marthica, Torsten, Mónica Sáfar, Ulises, Mónica Ortega, Amós, Carlos Conde, Ana Lucia, Flaka, Derman, Leticia, José Vida, María del Rosario, Andrés Gutierrez, Belisario, Ángel García Castillejo, Carlos Clavijo, Carlos Mendoza Luis Fernando, Adriana Pardo, Adrix, Andreilla, Sandra Montenegro, Héctor Santaella, Floralba, Angelilla, Indi, Angélica Bermúdez, Jesús Soto, Nicolás Carrillo y Andrés Guitierrez. A mis amigas del Colegio, Consu, Laura, Carola, Gloria, Liseth, Kathe, Luz Aida, Angelito, Sonia. La lista sería interminable si quiera nombrarlos a todos. Sé que este ciclo que cierro no hubiera sido lo mismo sin su apoyo y preocupación.

A María Aguirre y al Profesor Sequeira, por su ayuda, por su generosidad personal y de espíritu, por su preocupación constante para que el barco llegara al puerto en condiciones y a tiempo.

Y la vida por permitir conocer a personas maravillosas, por todas y cada una de las oportunidades que me ha dado, por cada día nuevo, porque cada día es un nuevo comenzar, un nuevo sueño y una meta por alcanzar. La vida se construye a través de sueños y de ilusiones, sin ellos sería caminar sin un rumbo fijo, cada sueño se puede lograr no importa lo difícil que sea.

A todos mil gracias.

# Índice General

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>21</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>24</b>
I.- DESCRIPCIÓN GENERAL .....	24
II.- OBJETIVOS E HIPÓTESIS .....	40
Hipótesis.....	40
Objetivos .....	40
III.- METODOLOGÍA.....	42
IV.- ESTRUCTURA.....	42
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>46</b>
I. - INTRODUCTION.....	46
II. - OBJECTIVES .....	61
III. - HYPOTHESIS .....	62
IV. - METHODOLOGY .....	62
V. - STRUCTURE .....	63
VI.- CONCLUSIONS .....	66
<i>PRIMERA PARTE</i>	
<i>LA REGULACIÓN Y LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES.....</i>	<i>69</i>
<b>Capítulo I. La Regulación.....</b>	<b>70</b>
1.1. LA REGULACIÓN COMO FORMA DE INTERVENCIÓN .....	70
1.1.1. Necesidad y Pertinencia .....	84
1.1.2. Incidencia en los Sectores Económicos.....	90
1.1.3. Algunos Sectores Estratégicos para Regular las Autoridades Nacionales de Reglamentación.....	92
1.1.3.1. Telecomunicaciones .....	102
1.1.3.2. Energía .....	119
1.1.3.3. Sector Postal.....	137
<b>Capítulo II. Las Autoridades Independientes y el Modelo Comparado.....</b>	<b>146</b>
2.1. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS .....	146
2.1.1. Características de las Autoridades Independientes.....	152
2.1.1.1. Independencia.....	154



2.1.1.2. Neutralidad.....	157
2.1.1.3. Eficacia.....	160
2.1.1.4. Especialidad Técnica.....	161
2.1.2. Funciones y Competencias Desempeñadas.....	162
2.1.2.1. Competencia Normativa.....	163
2.1.2.2. Competencia Ejecutiva.....	166
2.1.2.3. Competencias de Supervisión, Vigilancia y Sanción.....	167
2.1.2.4. Competencia Parajudicial.....	168
2.1.3. La separación de la actividad de regulación de otras actividades del Estado y su aplicación por parte de las Agencias Reguladoras. ....	169
2.1.4. Modelos de Autoridades Independientes en el Derecho Comparado.....	172
2.1.4.1. Estados Unidos.....	172
a. Evolución de las agencias.....	174
b. Características generales de las Agencias Independientes .....	190
2.1.4.2. Reino Unido .....	197
a. Origen y evolución de los Quangos.....	197
b. Origen y evolución de los Quangos.....	212
c. Argumentos a favor de la existencia de los quangos .....	218
d. Argumentos en contra de la existencia de los quangos .....	220
2.1.4.3. Francia.....	228
a. Evolución histórica.....	229
b. Características de la Autoridades Independientes .....	230
c. Precisiones y problemática constitucional.....	234
<i>SEGUNDA PARTE</i>	
<i>EL MODELO REGULATORIO ESPAÑOL Y LAS COMISIONES REGULADORAS</i>	
<i>ANTES DE LA CREACIÓN DE LA CNMC .....</i>	
<i>241</i>	
<b>Capítulo III. Las Tres Fases del Modelo Regulatorio Español Antes de la CNMC .....</b>	<b>242</b>
3.1. PRIMERA FASE: EL SURGIMIENTO DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES EN ESPAÑA .....	245
3.1.1. Consejo de Seguridad Nuclear .....	246
3.1.1.1. Funciones Normativas.....	250
a. Funciones de Propuestas e Informe .....	251
3.1.1.2. Funciones Autónomas .....	251

3.1.2. Banco de España .....	253
3.1.2.1. Funciones Realizadas por el Banco de España para Garantizar su Independencia .....	254
3.1.3. Comisión Nacional del Mercado de Valores.....	259
3.1.4. Agencia de Protección de Datos.....	260
3.2. SEGUNDA ETAPA: CREACIÓN DE LAS COMISIONES REGULADORAS .....	267
3.2.1. Comisión del Mercado de Telecomunicaciones – CMT .....	272
3.2.1.1. Función Normativa.....	283
3.2.1.2. Funciones de Vigilancia y supervisión.....	288
3.2.1.3. Funciones de Inspección y Sanción.....	288
3.2.2. Comisión Nacional de Energía.....	290
3.2.2.1. Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) .....	291
3.2.2.2. Comisión Nacional del Sistema Eléctrico Nacional (CNSE).....	296
3.2.2.3. Comisión Nacional de Energía.....	300
a. Función Normativa.....	304
b. Potestad Ejecutiva .....	305
c. Potestad de Supervisión.....	306
d. Potestades Consultivas y de Propuesta.....	307
e. Potestad en Materia de la Competencia.....	307
f. Potestad de obtención de información, de investigación y de sanción .....	307
g. Potestad de asesoramiento.....	308
h. Potestad de resolución de conflictos .....	309
i. Estructura Organizativa.....	310
j. Autoorganización .....	314
3.2.3. Comisión Nacional del Sector Postal .....	314
3.2.3.1. Competencia del Estado .....	317
3.2.3.2. Potestades del Gobierno .....	317
3.2.3.3. Ministerio y de la Subsecretaría de Fomento. ....	317
3.2.3.4. Subsecretaría de Fomento .....	317
3.2.3.5. Consejo Asesor Postal.....	318
3.2.3.6. Funciones de la CNSP .....	322
a. Funciones de Inspección y Vigilancia.....	322
b. Función Sancionadora .....	323

3.2.4. Problemática Constitucional .....	324
3.3. TERCERA ETAPA: LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE (LES) Y SU INCIDENCIA EN LOS ORGANISMOS REGULADORES .....	335
3.3.1. Ley de Economía Sostenible .....	335
3.3.2. Régimen de los Organismos Reguladores.....	339
3.3.3. Estructura Orgánica.....	346
3.3.4. Incompatibilidades y Prohibiciones .....	348
3.3.5. Cese en el Ejercicio del Cargo .....	348
3.3.6. Transparencia y responsabilidad de los Organismos Reguladores.....	350
<i>TERCERA PARTE</i>	
<i>COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA CNMC- REGULACIÓN Y COMPETENCIA INTEGRADAS.....</i>	
<i>356</i>	
<b>Capítulo IV. Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)</b> .....	<b>357</b>
4.1. ANTECEDENTES.....	357
4.1.1. El Modelo Comparado .....	361
4.1.1.1. Caso Alemán .....	361
a. Antecedentes de la Bundesnetzagentur .....	362
b. Misión de la Bundesnetzagentur .....	364
c. Competencias de la Bundesnetzagentur .....	365
d. Composición de la Bundesnetzagentur .....	366
e. Independencia- Mecanismos .....	368
f. Relaciones entre la Autoridad de Competencia y la Agencia Federal de Redes.....	369
4.1.1.2. Caso Holandés.....	370
a. Composición.....	373
b. Funcionamiento.....	374
4.1.1.3. Modelo del Reino Unido .....	375
a. Justificaciones de la Reforma .....	376
b. Competencias Atribuidas .....	378
c. Particularidades de la Reforma, aumento de las herramientas para la defensa de la competencia .....	378
4.1.2. Informes de Diagnóstico de los Organismos Reguladores y Propuestas de Reforma...	380
4.1.2.1. Informe del Consejo de Ministros .....	380

4.1.2.2. Informe PwC .....	381
4.2. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA .....	386
4.3. OBJETIVOS DE LA REFORMA- PARTICULARIDADES .....	391
4.4. TRÁMITE DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA CNMC .....	400
4.6. CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA COMISIÓN .....	405
4.6. DIVERGENCIA ENTRE LA CNMC Y EL MODELO COMPARADO .....	410
<b>Capítulo V. Naturaleza Jurídica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).....</b>	<b>419</b>
5.1. NATURALEZA Y REGIMEN JURIDICO.....	419
5.1.1. La independencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia .....	419
5.1.1.1. Régimen Jurídico.....	419
5.1.1.2. Régimen Legal. ....	422
5.1.1.3. Objeto de la Comisión.....	424
5.1.1.4. Independencia Funcional de la CNMC .....	425
5.1.1.5. Régimen Económico y Financiero .....	431
5.1.1.6. Régimen de Contratación y Presupuesto.....	438
a. Régimen de Contratación .....	438
b. Régimen Presupuestario .....	439
5.2. SISTEMA DE CONTROLES PARA GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA Y RELACIONES CON LAS OTRAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO .....	445
5.2.1. Control Parlamentario .....	446
5.2.1.1. Nombramiento.....	446
5.2.1.2. Remisión de informes y comparecencias .....	448
5.2.2. Control Judicial .....	451
5.2.2.1. Recursos contra los Actos .....	452
5.2.3. Relaciones con el Poder Ejecutivo .....	454
5.2.3.1. Control por parte del Gobierno .....	454
5.2.3.2. Relaciones con el Gobierno y la Administración General del Estado.....	455
5.2.3.3. Relaciones con las Instituciones Europeas .....	459
<b>Capítulo VI. Independencia Orgánica y Funcional de la CNMC .....</b>	<b>461</b>
6.1. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO .....	461
6.1.1. Estructura de la Comisión .....	461
6.1.2. Órganos de Gobierno, Funciones y Funcionamiento .....	465

6.1.2.1. Consejo (Pleno y Salas).....	465
a. Nombramiento.....	467
b. Incompatibilidades y causas de cese en el cargo.....	473
c. Facultades y Funciones del Consejo.....	481
d. Funcionamiento del Consejo.....	485
e. Funcionamiento del Pleno.....	486
f. Funcionamiento de las Salas.....	493
6.1.2.2. Presidente y Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.....	505
a. Presidente de la Comisión.....	505
b. Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.....	509
6.1.3. Órganos de Dirección.....	512
a. Nombramiento.....	517
b. Funciones.....	518
6.1.3.1. Dirección de Instrucción de Competencia.....	521
6.1.3.2. Dirección de Instrucción de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.....	525
6.1.3.3. Dirección de Instrucción de Energía.....	530
6.1.3.4. Dirección de Instrucción de Transporte y del Sector Postal.....	535
6.1.4. Otros Órganos.....	537
6.1.4.1. Secretaria General de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia..	539
6.1.4.2. Departamento de Promoción de la Competencia.....	547
6.1.4.3. Departamento de Control Interno.....	548
6.2. ESTATUTO ORGÁNICO.....	551
a. Facultad autoorganizativa de la CNCM.....	553
b. Técnicas de Participación.....	559
6.3. ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.....	561
6.4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL.....	562
6.5. ASISTENCIA JURÍDICA.....	581
6.6. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y TRANSPARENCIA EN SUS ACTUACIONES.....	582
<b>Capítulo VII. Funciones y Potestades Atribuciones de la CNMC.....</b>	<b>587</b>
7.1. FUNCIONES DE LA CNMC.....	587

7.1.1. Funciones de Competencia.....	598
7.1.1.1. Funciones de carácter general .....	599
a. Acuerdos contrarios a la competencia .....	600
b. Abuso de posición de dominio .....	600
c. Concentraciones .....	601
d. Ayudas públicas .....	601
7.1.1.2. Funciones de promoción .....	602
7.1.1.3. Funciones para la Protección de los Operadores Economicos (Ley de Unidad de Mercado) .....	603
7.1.2. Funciones de Regulación (Supervisión y Control).....	606
7.1.2.1. Cláusula residual .....	612
7.1.2.2. Funciones Administrativas transferidas por parte de los Organismos Reguladores a los Ministerios .....	613
7.2. POTESTADES DE LA CNMC .....	629
7.2.1. Potestad General Administrativa.....	631
7.2.2. Potestad Normativa .....	632
7.2.3. Función Arbitral .....	637
7.2.4. Resolución de Conflictos .....	638
7.2.5. Facultades de Inspección, Requerimiento de Información y Potestad Sancionadora ...	643
<b>Capítulo VIII. Regulación y Competencia: Dos Culturas Jurídicas en una Sola Autoridad .</b>	<b>647</b>
8.1. REGULACIÓN ECONÓMICA. Objetivos e Instrumentos de Intervención.....	652
8.1.1 Objetivos .....	656
8.1.2. Instrumentos de Intervención .....	657
8.2. DERECHO DE LA COMPETENCIA. Objetivos e Instrumentos de Intervención.....	660
8.2.1. Objetivos .....	662
8.2.2. Instrumentos de Intervención .....	663
8.3. PUNTOS DE RELACIÓN ENTRE LA REGULACIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	664
8.3.1 Carácter Complementario ¿Cómo la política de competencia y la regulación del sector de la competencia interactúan como instrumentos complementarios?.....	674
8.3.2. Aplicación Conjunta o Concurrente de Ambas Normativas .....	678
8.3.3. Zonas Grises.....	679
8.3.4. Casos de Analisis .....	683

8.3.4.1. El Estrechamiento de Márgenes .....	685
a. Comprensión de Márgenes en Mercados Regulados Ascendentes y Descendentes....	688
b. Compresión de Márgenes Cuando Solo se Regula el Mercado Ascendente .....	689
c. Compresión de Márgenes- Regulación en el Mercado Descendente .....	689
8.3.4.2. Caso Deutsche Telekom.....	697
a. Aplicación Conjunta de la Regulación y el Derecho de la Competencia .....	701
b. Diferencias con el Modelo Norteamericano.....	707
8.3.4.3. Caso Telefónica.....	710
a. Mercado Minorista .....	712
b. Mercado Mayorista .....	713
8.4. ACUERDOS DE ACTUACIÓN CONJUNTA PARA LA ADQUISICIÓN DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS DE TELEVISIÓN DE PAGO CON OTROS SERVICIOS DE COMUNICACIONES .....	726
8.5. EL NUEVO ESCENARIO EN LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA - POSIBLES MECANISMOS DE SOLUCIÓN .....	737
8.5.1. Asignar a la Direccion de Competencia la Realización de Algunas Funciones Encomendadas a las Diversas Direcciones Sectoriales .....	741
8.5.2. La Calidad de la Información .....	742
8.5.3. La Creación de un Sistema de Competencias Concurrentes para la Aplicación de las Normas de Competencia. ....	744
8.5.3.1.El Modelo de Facultades Concurrentes.....	746
8.5.3.2. Razones que justificaron escoger este Modelo en el Sistema Anglosajón .....	749
8.5.3.3. Asignacion de los Asuntos- Reglamento de Concurrencia. ....	750
8.5.3.4. Examen de losbBeneficios ha generado este modelo.....	751
8.5.3.5. Cómo podria implatantarse el Modelo Anglosajon en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. ....	753
8.5.4. Voto de Calidad.....	754
<b>Conclusiones .....</b>	<b>763</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>766</b>

# Índice de Cuadros

CUADRO 1 - CREACIÓN PROPIA: OBJETIVOS, OBLIGACIONES Y COMPETENCIAS DEL SECTOR DE LA ENERGÍA. ....	130
CUADRO 2 - CREACIÓN PROPIA: VECTORES DE LOS CUALES SE PREDICA SU INDEPENDENCIA. ....	157
CUADRO 3 - CREACIÓN PROPIA: AGENCIAS EJECUTIVAS Y AGENCIAS INDEPENDIENTES, MODELO AMERICANO. ....	173
CUADRO 4 - FUENTE SALVADOR MARTÍNEZ - CREACIÓN PROPIA: ACTIVIDADES DE LAS AGENCIAS. ....	183
CUADRO 5 - FUENTE MORENO MOLINA - CREACIÓN PROPIA: PODERES DE LAS AGENCIAS. ....	184
CUADRO 6 - FUENTE FERNÁNDEZ ROJAS - CREACIÓN PROPIA: SUPRESIÓN DE AGENCIAS Y RETORNO DE COMPETENCIAS AL EJECUTIVO. ....	189
CUADRO 7 - FUENTE BETANCOR RODRÍGUEZ - CREACIÓN PROPIA: PRINCIPIOS DE LA AGENCIAS REGULADORAS EN LOS ESTADOS UNIDOS. ....	196
CUADRO 8 - FUENTE LOS QUANGOS (REINO UNIDO). LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES - CREACIÓN PROPIA: NORMA DE CREACIÓN ENTIDAD CREADORA Y CARACTERÍSTICAS. ....	205
CUADRO 9 - FUENTE LOS QUANGOS (REINO UNIDO). LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES - CREACIÓN PROPIA: TIPOS DE QUANGOS. ....	207
CUADRO 10 - FUENTE LOS QUANGOS (REINO UNIDO). LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES - CREACIÓN PROPIA: NOMBRE, AÑO DE CREACIÓN Y FUNCIONES. ....	208
CUADRO 11 - FUENTE LEO PLIATZKY - CREACIÓN PROPIA: NSA Y NDPB. ....	211
CUADRO 12 - BETANCOR RODRÍGUEZ - CREACIÓN PROPIA: CONTROLES DEL PARLAMENTO. ....	211
CUADRO 13 - FUENTE FUENTETAJA PASTOR Y GUILLÉN CARAMÉS - CREACIÓN PROPIA: LA CONSIDERACIÓN POLÍTICA Y EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO. ....	225
CUADRO 14 - FUENTE TORNOS JOAQUÍN - CREACIÓN PROPIA: REGULACIÓN EN EL SECTOR ECONÓMICO Y EN SECTORES SENSIBLES. ....	243
CUADRO 15 - FUENTE SALA ÁRQUER - CREACIÓN PROPIA: GARANTÍAS ESTATUTARIAS, FINANCIERAS Y FUNCIONALES. ....	248
CUADRO 16 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DEL CSN - CREACIÓN PROPIA: INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR (CSN). ....	251
CUADRO 17 - FUENTE LEY 12/1998 - CREACIÓN PROPIA: INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL BANCO DE ESPAÑA. ....	258
CUADRO 18 - FUENTE LEY 15/1999 Y ESTATUTO DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS - CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. ....	265
CUADRO 19 - FUENTE LEY 40/1993 - CREACIÓN PROPIA: TIPOS DE FUNCIONES DE LA CNSE. ....	296
CUADRO 20 - FUENTE CHILLÓN MEDINA Y ESCOBAR ROCA - CREACIÓN PROPIA: INDEPENDENCIA RELATIVA DEL GOBIERNO EN EJERCICIO DE SU PODER DE	



DIRECCIÓN Y NORMAS QUE JUSTIFICAN LA INDEPENDENCIA DE LA COMISIÓN.	331
CUADRO 21 - FUENTE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: ESTRUCTURA DE LOS ORGANISMOS REGULADORES PREVISTA EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE (CMT, CNE Y CNSP) .....	349
CUADRO 22 - FUENTE COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: ESTRUCTURA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC).....	350
CUADRO 23 - FUENTE BUNDESNETZAGENTUR-JAHRESBERICHT 2005 Y GROEBEL ANNEGRET – CREACIÓN PROPIA: ETAPAS DE LA CREACIÓN DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS DE RED.....	364
CUADRO 24 - FUENTE BUNDESNETZAGENTUR – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LOS SECTORES DE TELECOMUNICACIONES, SERVICIOS POSTALES, ENERGÍA Y GAS, Y FERROCARRILES.....	365
CUADRO 25 - FUENTE CONSUMER AND MARKET AUTHORITY (ACM ): ESTRUCTURA INTERNA DE LA ACM. ....	375
CUADRO 26 - FUENTE SEELY ANTONY: MODELO DE COMPETENCIA EN EL REINO UNIDO, AUTORIDADES (ATRIBUCIONES Y PARTICULARIDADES). ....	377
CUADRO 27 - FUENTE INFORME PWC DE 2012: FORTALEZAS DE LAS AGENCIAS MULTISECTORIALES RESPECTO A LAS AGENCIAS SECTORIALES.....	383
CUADRO 28 - FUENTE INFORME PWC DE 2012: PLENO DEL CONSEJO, MODELO PROPUESTO. ....	385
CUADRO 29 - FUENTE MEMORIA DE IMPACTO 2012: PROBLEMAS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO DE COMPETENCIA EN SU APLICACIÓN EN EL MERCADO ESPAÑOL.....	389
CUADRO 30 - FUENTE PROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA CNMC, MEMORIA DE ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO: FUNCIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC). ....	390
CUADRO 31 - FUENTE PROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA CNMC, MEMORIA DE ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO: OBJETIVOS QUE INSPIRAN EL PROYECTO DE LEY. ....	391
CUADRO 32- FUENTE LEY 3/2013 – CREACIÓN PROPIA: CONSTITUCIÓN Y EJERCICIO EFECTIVO DE LAS FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. ....	407
CUADRO 33 - FUENTE LÓPEZ GALDÓS, MARIANELA – CREACIÓN PROPIA: DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO HOLANDÉS Y EL MODELO ESPAÑOL. ....	414
CUADRO 34 - FUENTE MEMORIA DE IMPACTO, PROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS VENTAJAS DE LAS TRES ALTERNATIVAS CONSIDERADAS.....	416
CUADRO 35 - FUENTE OECDY/IEA: KEY DESIGN OPTIONS FOR REGULATORY AGENCIES U OPCIONES DE DISEÑO PARA LAS AGENCIAS REGULATORIAS.....	431
CUADRO 36 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE CADA UNA DE LAS COMISIONES – CREACIÓN PROPIA: MECANISMOS DE FINANCIACION DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y DE LA COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA. ....	433
CUADRO 37 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC: ESTRUCTURA INTERNA DE LA CNMC. ....	464

CUADRO 38 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DEL CONSEJO DE LA CNMC.....	484
CUADRO 39 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LA SECRETARÍA DEL CONSEJO.....	489
CUADRO 40 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: ESTRUCTURA DE LA SECRETARÍA DEL CONSEJO.....	490
CUADRO 41 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LA ASESORÍA JURÍDICA.....	492
CUADRO 42 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: ACTAS, CERTIFICACIONES Y TRASLADO DE ACUERDOS DEL CONSEJO.....	496
CUADRO 43 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: COMPETENCIAS DEL PLENO Y DE LAS SALAS.....	499
CUADRO 44 - FUENTE REGLAMENTO INTERNO DE FUNCIONAMIENTO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: ELEVACIÓN Y TRATAMIENTO DE ASUNTOS EN EL CONSEJO.....	503
CUADRO 45 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA CNMC.....	509
CUADRO 46 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: ORGANOS DE DIRECCIÓN.....	515
CUADRO 47 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LOS DIRECTORES DE INSTRUCCIÓN.....	519
CUADRO 48 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: DIRECCIÓN DE LA COMPETENCIA.....	522
CUADRO 49 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL.....	526
CUADRO 50 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL.....	528
CUADRO 51 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: DIRECCIÓN DE ENERGÍA.....	530
CUADRO 52 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE ENERGÍA.....	534

CUADRO 53 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: DIRECCIÓN DE TRASPORTES Y SECTOR POSTAL. ....	535
CUADRO 54 - FUENTE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE TRASPORTES Y SECTOR POSTAL. ....	537
CUADRO 55 - FUENTE ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: ESTRUCTURA DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA CNMC.....	539
CUADRO 56 - FUENTE ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: FUNCIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA CNMC.....	543
CUADRO 57 - FUENTE ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: DEPARTAMENTO DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA. ....	547
CUADRO 58 - FUENTE ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: DEPARTAMENTO DE CONTROL INTERNO.....	548
CUADRO 59 - FUENTE CRESAP: 12 CRITERIOS PARA LA EVALUCIÓN DE UN DIRIGENTE O DE UN GESTOR DE UNA ENTIDAD PÚBLICA.....	559
CUADRO 60 - LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: REGIMEN DE PERSONAL. ....	567
CUADRO 61 - LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TIPOS DE PERSONAL DE CNMC. ....	574
CUADRO 62 - LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: RELACIÓN DE PERSONAL. ....	575
CUADRO 63 - LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: REVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.....	576
CUADRO 64 - LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y ESTATUTO ORGÁNICO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: PRINCIPIOS ÉTICOS Y PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN.....	579
CUADRO 65 - FUENTE INFORMES DE LAS COMISIONES, PROYECTO DE CREACIÓN DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: DIRECTIVAS EUROPEAS QUE PUEDEN SER INCOMPATIBLES CON EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. ....	592
CUADRO 66 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DEL CEMA AL MINETUR.....	614
CUADRO 67 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DEL CNE AL MINETUR.....	615
CUADRO 68 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TOMA DE PARTICIPACIONES EN EL SECTOR ENERGÉTICO. ....	617
CUADRO 69 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: OPERACIONES QUE DEBEN SER NOTIFICADAS. ....	619
CUADRO 70 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL JUEGO A LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DEL JUEGO.....	620

CUADRO 71 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE LA CNSP AL MINISTERIO DE FOMENTO EN RELACIÓN CON EL SECTOR POSTAL. ....	621
CUADRO 72 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE LA CMT AL MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. ....	624
CUADRO 73 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE LA CEMA AL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA EN MATERIA AUDIOVISUAL. ....	625
CUADRO 74 - DISPOSICIONES ADICIONALES DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA – CREACIÓN PROPIA: TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN ECONÓMICA AEROPORTUARIA AL COMITÉ DE REGULACIÓN FERROVIARIA Y AEROPORTUARIA. ....	626
CUADRO 75 - FUENTE REGLAMENTO INTERNO DE LA CNMC – CREACIÓN PROPIA: PROCEDIMIENTO PARA ELABORACIÓN DE CIRCULARES Y COMUNICACIONES. ....	636
CUADRO 76 - LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA CNMC – CREACIÓN PROPIA: RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. ..	642
CUADRO 77 - FUENTE CALVIÑO SANTAMARÍA - CREACIÓN PROPIA: ALCANCE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DE LA REGULACIÓN SECTORIAL. ....	649
CUADRO 78 - FUENTE CARLON RUIZ, PASCUAL Y MUÑOZ MACHADO - CREACIÓN PROPIA: REGULACIÓN ECONÓMICA, INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN. ....	659
CUADRO 79 - FUENTE VELASCO SAN PEDRO - CREACIÓN PROPIA: DERECHO DE LA COMPETENCIA INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN. ....	664
CUADRO 80 - FUENTE ARIÑO, GASPAR, DE LA CUETARA, JUAN MIGUEL Y NORIGUA, MUÑOZ MACHADO - CREACIÓN PROPIA: MEDIDAS PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. ....	669
CUADRO 81 - FUENTE LAGUNA DE PAZ - CREACIÓN PROPIA: FINALIDADES DE LA REGULACIÓN. ....	676
CUADRO 82 - FUENTE DIEZ ESTELLA Y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR - CREACIÓN PROPIA: TEST DE ATRIBUCIONES Y TEST DEL COMPETIDOR EFICIENTE. ....	691
CUADRO 83 - FUENTE GERADIN, DAMIEN Y O'DONOGHUE, ROBERT - CREACIÓN PROPIA: TIPOS DE ESTRECHAMIENTO. ....	696
CUADRO 84 - FUENTE RECURSO DE CASACIÓN. ASUNTO COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579- DEUTSCHE TELECOM AG - CREACIÓN PROPIA: APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y LOS PODERES DE LA COMISIÓN EUROPEA. ....	706
CUADRO 85 - FUENTE GERADIN, DAMIEN Y O'DONOGHUE, ROBERT - CREACIÓN PROPIA: EXCLUSIÓN DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA POR PARTE DE LA AUTORIDAD REGULATORIA. ....	710
CUADRO 86 - FUENTE SENTENCIA. ASUNTO T-336/07. SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL - CREACIÓN PROPIA: MERCADO MINORISTA. ....	712
CUADRO 87- FUENTE SENTENCIA. ASUNTO T-336/07. SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL - CREACIÓN PROPIA: MERCADO MAYORISTA. ....	713

CUADRO 88 - FUENTE SENTENCIA. ASUNTO T-336/07. SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL, DIEZ ESTELLA Y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, BROKELMANN Y GANINO - CREACIÓN PROPIA: RELACIONES DE COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA REGULACIÓN Y LA COMPETENCIA, Y LAS FUNCIONES DE LA ANR Y LA CE...	725
CUADRO 89 – FUENTE RODRÍGUEZ RAPOSO - CREACIÓN PROPIA: INFORMES DEL TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA Y DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMEPETENCIA SOBRE LA FUSIÓN. ....	732
CUADRO 90 – FUENTE INFORME CMT - CREACIÓN PROPIA: ACUERDO SOGECABLE-TELEFÓNICA. ....	732
CUADRO 91 – FUENTE ACUERDO DE MINISTROS DE 29/11/2002 - CREACIÓN PROPIA: CONDICIONES AL ACUERDO SOGECABLE-TELEFÓNICA. ....	734
CUADRO 92 – FUENTE OFFICE OF FAIR TRADING, DTI - CREACIÓN PROPIA: ORGANISMOS REGULADORES SECTORIALES DEL REINO UNIDO. ....	745
CUADRO 93 – FUENTE OFFICE OF FAIR TRADING - CREACIÓN PROPIA: PODERES CONCURRENTES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES SECTORIALES DEL REINO UNIDO.....	748
CUADRO 94 – FUENTE MONTERO PASCUAL - CREACIÓN PROPIA: PROCEDIMIENTOS EN LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. ....	756

# ABREVIATURAS

<b>AAI</b>	Autoridad Administrativa Independiente / Autorité administrative indépendante
<b>AC</b>	Autoridad de Competencia
<b>ACER</b>	Agency for the Cooperation of Energy Regulation
<b>AGE</b>	Administración General del Estado
<b>ANC</b>	Autoridad Nacional de Competencia
<b>ANR</b>	Autoridad Nacional de Reglamentación/Autoridad Nacional de Regulación
<b>ACM</b>	Authority of Competition and Markets
<b>ARI</b>	Agencias Reguladoras Independientes
<b>BdE</b>	Banco de España
<b>BEREC</b>	Body of European Regulators for Electronic
<b>BKART</b>	Bundeskartellamt
<b>BNETZA</b>	Bundesnetzagentur
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CA</b>	Netherlands Consumer Authority
<b>CC</b>	Competition Commission
<b>CE</b>	Comisión Europea
<b>CEMA</b>	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales
<b>CMA</b>	Competition and Markets Authority
<b>CMT</b>	Comisión del Mercado de las Telecomunicación
<b>CNC</b>	Comisión Nacional de Competencia
<b>CNE</b>	Comisión Nacional de la Energía
<b>CNJ</b>	Comisión Nacional del Juego

<b>CNMC</b>	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
<b>CNMV</b>	Comisión Nacional del Mercado de Valores
<b>CNSE</b>	Comisión Nacional del Sistema Eléctrico
<b>CNSP</b>	Comisión Nacional del Sector Postal
<b>CREA</b>	Comisión de Regulación Económica y Aeroportuaria
<b>CRESAP</b>	Comissão de Recrutamento e Selecção para a Administração Pública
<b>CSN</b>	Consejo de Seguridad Nuclear
<b>DT</b>	Deutsche Telekom
<b>FCC</b>	Federal Communications Commissions
<b>ICC</b>	Interstate Commerce Commission
<b>IRC</b>	Independent Regulatory Commissions
<b>LCCNMC</b>	Ley Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
<b>LES</b>	Ley de Economía Sostenible
<b>LOFAGE</b>	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
<b>LSE</b>	Ley del Sector Eléctrico
<b>LSH</b>	Ley del Sector de Hidrocarburos
<b>NMa</b>	Netherlands Competition Authority
<b>OFCOM</b>	Office of Communications
<b>OFT</b>	Office of Fair Trading
<b>OPTA</b>	Netherlands Independent Post and Telecommunications Authority
<b>OR</b>	Organismos Reguladores
<b>PWC</b>	PricewaterhouseCoopers
<b>QUANGOS</b>	Non-departmental Public Bodies
<b>RegTp</b>	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
<b>SDC</b>	Servicio de Defensa de la Competencia
<b>STJCE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<b>TCE</b>	Tratado de Constitución de Comunidad Europea

<b>TDC</b>	Tribunal de Defensa de la Competencia
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>UE</b>	Unión Europea



# INTRODUCCIÓN

## I.- DESCRIPCIÓN GENERAL

La presente Tesis doctoral, versa sobre la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia CNMC y la relación existente entre la Regulación y la Competencia, como culturas jurídicas diferentes y con ámbitos de actuación distintos, que han sido integrados en una sola entidad.

Aparece así, como primer problema a resolver, la delimitación de ambos conceptos en el plano jurídico, partiendo de que se trata de la institucionalización de técnicas económicas que han tenido un notable impacto en la legislación europea. Y luego, una vez desarrollada en el ámbito comunitario o europeo, se trasladaron a los distintos Estados Miembros. Por tanto, es resueltamente en Europa donde habríamos de buscar la mejor definición de ambas técnicas y conceptos.

Ello se hace en esta Tesis, examinando las normas que implantaron estos conceptos y técnicas en la propia Unión Europea. Luego, asimismo, y quizás por ser un imperativo impuesto por la propia Exposición de Motivos de la ley de creación de la CNMC, se estudia el modelo alemán y el holandés. Habrá que añadir, asimismo el modelo británico, ya que por su modernidad y compartir tendencia con la idea representada por la Ley española, quizás merezca la pena examinar.

En el modelo alemán, hay que advertir que no es coincidente con el español, pese a las manifestaciones que se han realizado gubernamentalmente. Porque si bien integra algunos sectores económicos basados en economías de red, (Bundesnetzagentur) lo cierto es que la Autoridad de Competencia (Bundeskartellamt) continúa como órgano completamente separado y en línea con su técnica tradicional. En modo alguno se mezclan Regulación y Competencia, por lo que los ingentes problemas que aquí se dan, carecen de la más mínima referencia en el modelo germánico<sup>1</sup>. Conviene insistir, ya que, más o menos de contrabando, esta es la tesis que se está intentado expandir y que, simplemente, no es cierta.

---

<sup>1</sup> -Respuesta del catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, Tomás de la Quadra-Salcedo, sobre la concentración de organismos supervisores en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, extraída de la entrevista realizada el 12 de septiembre de 2012, en el campus de Getafe de la UC3M. Disponible en: <http://fideca.wordpress.com/tag/organismos-reguladores/> [En línea] (Consultado 20(10/2012)

El modelo holandés sigue siendo una incógnita. Y lo es, por cuanto no ha acabado su transición. Está en pleno proceso. De ahí que intentar que sirva de paralelo a nuestro recién creado Organismo, cuando ni siquiera ha acabado de completarse, es como poco, un tanto aventurado. No puede ofrecer experiencia ni datos que sirvan de apoyo para la defensa de que efectivamente nos encontramos ante una institución exportable, y de hecho, falta tiempo todavía para que sea una realidad. Solo entonces podría intentarse la comparación.

Se examina pues, asimismo, el modelo británico, donde la integración en organismos afines ha sido la característica imperante en los últimos años, destacándose el modelo previsto para la Oficina de Comunicaciones OFCOM, donde confluyeron las funciones en materia de comunicaciones electrónicas y audiovisuales.

Recientemente, la Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 de 25 de abril, crea la Competition and Markets Authority CMA en sus siglas inglesas. Se trata de unir funciones anteriormente atribuidas a la Comisión de Competencia (CC) y una serie de responsabilidades del Office of Fair Trading (OFT) y que dispone de una “*Autoridad en la sombra*” para realizar la transición.

Lo que llama la atención es que en todos estos casos, se ha dispuesto de un amplio período, años desde luego, para ir realizando esta transición. Asombra que por el contrario, en nuestro caso, no se ha dado período alguno, sino que de forma acelerada, se ha procurado que se realice una drástica ruptura, sin un deslizamiento suave que permita ir adoptando paulatinamente la cultura jurídica propia de los organismos que se fusionan, anticipando los problemas mediante modelos y previsiones que permiten anticipar soluciones.

La improvisación desde luego, ha formado parte de la creación de este organismo en España, y a juicio de muchos observadores, no ha sido ajeno también, la idea de dar una respuesta política a los nombramientos que el anterior Gobierno había realizado en el último momento. Pero debemos advertir que el vaivén de las Instituciones es el peor remedio que se puede aplicar para garantizar su estabilidad, parte esencial de su independencia. Volveremos sobre ello.

Naturalmente, el grueso del examen, se realiza sobre el Derecho español, siempre teniendo en mente tanto las aportaciones examinadas foráneas y europeas, como, el interrogante, casi atormentado, de si es posible y factible aunar en un solo organismo, ambas técnicas, Regulación y Competencia, con sus respectivos Derechos – se ha impuesto hablar de Derecho de la Regulación y de Derecho de la Competencia – y obtener resultados plausibles para los mercados y sobre todo para los usuarios, clientes de las empresas sometidas a la aplicación de tales Derechos.

Adelantamos que el resultado de la investigación es que muy difícilmente pueden conseguirse resultados de éxito como consecuencia de la fusión de Organismos Reguladores con las Autoridades de Competencia. Tras un detenido examen, analizando en profundidad toda la evolución propia y comparada, el intento que se realiza en la Ley de creación, no augura un resultado feliz ni para la Regulación ni para la Competencia, ni, por ende, para los ciudadanos,

últimos destinatarios, normalmente en su condición de clientes, de tales políticas, legislación y administración.

En la investigación, pues, se parte de concretar con precisión en qué consiste una y otro, Competencia y Regulación. Se estudia así su origen, evolución y desarrollo. Y para hacerlo, además de examinar las diferentes teorías sobre tales conceptos, dado que el desafío que tenemos en este trabajo consiste principalmente en calificar lo que la Ley ha realizado creando esta CNMC, se adopta inicialmente, una posición subjetiva. Esto es, se examinan los antecedentes que constituyen el origen remoto de esta nueva Autoridad.

Por tanto esta investigación se desarrolla en el contexto de las Autoridades Independientes en los mercados regulados, su génesis, evolución y consolidación en el sistema español, que tiene escasamente treinta años, que se produjo exactamente una vez iniciado el proceso de la liberalización y quizás en parte, impulsándolo, también desde el lado del Derecho de la Competencia. Baste recordar aquí los conocidos primeros Informes del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, para acreditar que se estaba en vanguardia de la liberalización a través de una política de promoción de la competencia que se instauraba a través de los distintos informes.

De un lado, y como producto de las exigencias europeas de crear Autoridades encargadas de establecer los mecanismos y criterios para la consolidación de la competencia y liberalización en los mercados, atendiendo que no puede existir mercado sin regulación, tales Autoridades, a las cuales se les denominó Autoridades Nacionales de Regulación (ANR), lograron asentarse como Organismos Reguladores uni-sectoriales en mercados estratégicos antes pertenecientes, como monopolios, al sector público.

Estos mercados, principalmente organizados en economías de red, fueron fundamentalmente los mercados de las telecomunicaciones, la energía y el sector postal (este último con una experiencia no muy relevante en España, desde la perspectiva de la desregulación). Tales mercados estaban caracterizados por el ejercicio de una actividad de carácter administrativo, ejercida de manera continuada, dirigida a unos sujetos específicos. A diferencia de la tradicional actividad administrativa, aparece la regulación sobre tales sectores como una actividad en que se suma la gestión, la ejecución, la programación y planificación, pero permitiendo actividad empresarial así orientada. Estos mercados son controlados en función de las obligaciones concretas que les hayan sido impuestas en razón a las particularidades del sector y con amplio margen de discrecionalidad<sup>2</sup> técnica y económica, en atención a que la evolución de los mercados, generalmente por cuestiones tecnológicas, exigen que las diversas problemáticas que se originen, sean resueltas en función de la consecución del interés general, imponiendo dichas obligaciones y medidas, generales o específicas, pero que siempre respondan a la consecución del mismo.

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMON. “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”. En VVAA: *Revista de administración pública*. N° 187. 2012. Pp. 141-170.

Del otro lado de esta fusión legal, aparece el órgano encargado de definir y concretar el Derecho de la Competencia. Primero fue el conocido Tribunal de Defensa de la Competencia, realmente operante a partir de la ley 16/1989, ya que la anterior legislación de 1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia... no reprimió nada (no produjo ni un solo expediente sancionador, salvo uno de archivo de actuaciones). Pero siguiendo el impulso generado por la entrada en la entonces Comunidad Económica Europea, el nuevo Tribunal de Defensa de la Competencia dio un fuerte respaldo a la aplicación de este Derecho, tanto en lo que hace al derecho sancionador, como a la promoción de la competencia, y, al final de su existencia, también obtuvo éxitos notables en la aplicación de la política y derecho de las concentraciones económicas.

Tras su transformación en 2007 en la Comisión Nacional de Competencia (CNC), su presencia en los mercados como un actor administrativo esencial, cobró importancia creciente.

Y así nos encontramos que ahora, se trata de resolver el desafío que supone la fusión legal de unas Autoridades con otras. Y obviamente de ofrecer resultados críticos, alternativas y, ocasionalmente, propuestas de mejora.

Esta tesis, tiene pues como objeto de estudio, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuya creación responde a la consecución, teórica, de dos objetivos fundamentales, a saber: a) la clarificación de las competencias existentes con el fin de evitar solapamientos y procedimientos contradictorios, la reducción del número de organismos reguladores, lo que redundaría en la simplificación de su estructura y del funcionamiento de esta nueva entidad y b) un segundo objetivo en aumentar la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros<sup>3</sup>.

La investigación se comenzó a gestar a lo largo del año 2011, en paralelo a la propuesta presentada por parte el Presidente del Gobierno actual en su discurso de investidura el mes de diciembre de dicho año. Ya allí propuso la revisión institucional de los Organismos Reguladores con el fin de reorganizar las funciones atribuidas en las diversas leyes de creación de las Agencias. Inevitablemente, quizás por extensión del concepto de Agencia Independiente (aunque paradójicamente jamás reguladas por la Ley homónima), se abordaba también, como si de un mismo tipo de ente se tratase, a la CNC.

Los criterios a revisar y la elaboración de un nuevo modelo regulatorio dirigido a la creación de una nueva entidad se concretaron en dos Informes iniciales presentados en los meses de enero y febrero del 2012 por la propia Administración y por una importante consultora de negocios; la Universidad, quizás como le sucede últimamente, no fue llamada a colaborar, siendo así que había numerosos académicos realmente expertos en Regulación y en Competencia, en el campo del Derecho, de la Economía y de la Técnica

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE MINISTROS de 20 de enero de 2012. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/240212-enlacesupervisores.htm> [En línea] (Consultada 18/03/2012).

El primer Informe, fue elaborado por el Ministerio de la Presidencia y presentado en el Consejo de Ministro de 20 de enero 2012, denominado “Informe Sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma”<sup>4</sup> y el segundo informe preparado por PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L., (PwC) para Telefónica se denominaba “Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España”<sup>5</sup>, los cuales se complementan ampliamente.

En efecto el primero de los Informes, presenta de manera genérica los aspectos generales de los Organismos Reguladores, su régimen tanto de adscripción como presupuestario, las tendencias en el Derecho Comparado y un listado de conclusiones. De las mismas, se infiere que es indispensable la reforma en el sector público y particularmente de los organismos reguladores, debido al incremento en la creación de este tipo de entidades en los últimos años en España. Se entiende que éstos deben orientar su actuación bajo criterios de eficiencia, lo que conduce a la reducción del número de organismos existentes, la simplificación en su estructura, mejorando su funcionamiento, y aumentando la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros y en evitando decisiones contradictorias o duplicidades innecesarias al momento de analizar o sancionar una conducta, por un Organismo Regulador o por la Autoridad de Competencia.

En realidad, no se precisa en el contenido de este informe la razón por la cual se opta por la reducción del número de entidades. Pero se deduce que es la posible desregulación de ciertos mercados en particular, haciendo desaparecer a la Agencia Reguladora correspondiente, lo que está detrás de tal eclipse parcial de estos organismos. El Informe, insiste en que ello puede derivar un aumento de la inversión, que a su vez, trae como consecuencia inmediata la activación de la actividad económica y del empleo, reduciendo los índices de paro y reactivando el ciclo económico.

El segundo Informe, coincidía prácticamente en las mismas recomendaciones y precisa los modelos de referencia la Autoridad Federal de Redes Alemana y Autoridad de los Mercados y Competencia de Holanda para la construcción del nuevo modelo español.

Estos documentos son la génesis de diversos anteproyectos de Ley, que ya generaron algún debate, antes de ser presentado en las Cortes el Proyecto por el cual se pretendía crear una sola entidad encargada de desempeñar tanto las funciones de competencia y de regulación.

Luego se fueron sumando los diversos informes remitidos por los Organismos Reguladores (Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Energía y Comisión Nacional del Sector Postal), Comisión Nacional de Competencia y del Consejo de Estado, culminando todo el proceso con la promulgación de la Ley 3/2013 de 5 de junio, resultado de un arduo proceso legislativo, donde fue obligatoria la adopción de mecanismos en los que se garantizara la independencia de la Comisión, atendiendo a las observaciones realizadas por la

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España Telefónica España Madrid, 14 de febrero de 2012.

Comisión Europea sobre la reforma, y ordenando así el traspaso en su totalidad de las funciones y atribuciones que detentaban los Organismos Fusionados, salvo aquellas funciones que a juicio del Ejecutivo eran de carácter administrativa y que deberían ser asumidas o reasumidas por los Ministerios. Como vemos, se dan cita ya desde el principio los argumentos para un enérgico debate.

La investigación se contextualiza en su entorno geográfico, temporal y en el sistema español. Por consiguiente hay que comenzar examinando las primeras aproximaciones al concepto de Administración Independiente y los organismos que cumplían con algunos rasgos de este tipo de entidades como lo son independencia funcional y orgánica y la autonomía en el ejercicio de sus funciones y potestades en la década de los ochenta. Luego se llega a la fase en que se crearon los Organismos Reguladores de las industrias de Red como una categoría en la que se pretendió agrupar a las Comisiones creadas producto de la liberalización. La creación de un concepto único de Organismo Regulador, que se concreta en la Ley de Economía Sostenible<sup>6</sup>, buscaba fundamentalmente garantizar la independencia organizativa y funcional de este tipo de entidades, sin desconocer las funciones propias de cada Comisión en relación con los mercados que regulaban, las cuales confluyen en la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Para examinarlas críticamente, resulta necesario efectuar una revisión del modelo comparado desde dos perspectivas.

La primera, referida al origen de las Autoridades Independientes -con sus características y elementos diferenciadores respecto a las demás autoridades administrativas del Estado-hace necesario conocer la experiencia en los Estados Unidos. Ahí habrá que examinar tanto el concepto de Regulación - el cual dista profundamente de otros métodos de intervención -con caracteres propios, instrumentos y potestades, que se orientan a la imposición de obligaciones amparadas en un amplio margen de discrecionalidad y cuyo objetivo fundamental es garantizar la defensa y protección del interés general. Y, además, hay que estudiar en ese contexto el concepto de Autoridades Independientes, cuya definición gravita sobre la independencia de sus miembros para el ejercicio de sus funciones, ajenos a los intereses Gubernamentales y de los agentes, poniendo en valor su especialidad técnica y las potestades atribuidas para disciplinar y ordenar el mercado. La suma de ambas reflexiones, lleva a afirmar que se diferencia la Regulación por Agencias de la reglamentación y organización tradicional con la que las Administraciones actuaban en los distintos sectores económicos.

Y una segunda perspectiva, revisando los modelos internacionales donde se han integrado en una sola entidad; sabemos que se ha realizado, bien integrando a todos los reguladores de las industrias de red en un solo organismo, o bien realizando la unificación en una sola entidad que ejerce tanto las funciones de regulación como las de competencia. Y se examina la argumentación y el debate generado en torno a tales fusiones, precisándose que si bien la integración puede derivar en una disminución de la captura del regulador, ahorros en costes y

---

<sup>6</sup> LEY 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 2011).

aporta la conveniencia de compartir criterios y metodologías similares, hay que analizar si existen pruebas que permitan afirmar que las unificaciones o integraciones realizadas a la fecha han disminuido la captura o secuestro del Regulador o la reducción de costes efectivamente. Por ejemplo, en el ahorro de costes, no tiene sentido alguno afirmar

que se reduce un determinado monto de retribuciones computando entre ellas...las de personal correspondiente a Comisiones que no se habían creado (por ejemplo el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales).

Nótese que el modelo español, sólo alude a la reducción del número de integrantes en sus órganos de Gobierno, no en las demás dependencias o direcciones de la entidad. Y por otro lado, la existencia de criterios homogéneos<sup>7</sup> en los mercados regulados, tiene que ser real y efectiva (no meramente teórica) si se quieren fusionar sus Autoridades Reguladoras, lo cual se puede predicar en aquellos supuestos en los que existe una relación directa entre ellos, por ejemplo, el mercado de las telecomunicaciones con el mercado audiovisual, pero no con el mercado ferroviario o aeroportuario, por ejemplo

Nos encontramos en presencia de mercados que pueden tener como elemento común unos mismos criterios organizativos, pero que no pueden trasladarse a las particularidades propias de cada sector. En efecto, cada sector concreto, atendiendo a sus propios rasgos, determina su configuración y los criterios para asegurar la competencia efectiva en él<sup>8</sup>,

Ésta fue la razón para que se escogiese la creación de Organismos uni-sectoriales, cuya finalidad es, resueltamente, ejercer sus funciones dentro de un mercado concreto (Entrada al mercado; acceso a redes; obligaciones de servicio público y garantía de derechos) atendiendo siempre a la necesidad y conveniencia de las mismas para el sector<sup>9</sup> para garantizar la competencia y la realización del resto de los bienes públicos.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin dudarlo, se constituye en un modelo único en el entorno Europeo<sup>10</sup>.

La creación de una entidad de esta envergadura en España sólo puede derivar en un aumento en la inestabilidad regulatoria y de inseguridad en los mercados, sumado a la primacía que puede

---

<sup>7</sup> DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. *“La reforma de los Organismos de Regulación (I): Los Límites a la integración.* Disponible en: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=18939> [En línea] (Consultado 05/05/2014).

<sup>8</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Regulación: Mito y Derecho. Desmontado el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos.* Civitas- Thomson Reuters. Navarra. 2010.

<sup>9</sup> Ibidem. Pp. 375.

<sup>10</sup> COSTAS, ANTON. *Una Fusión Explosiva.* Opinión. El País. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382\\_919892.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html) [en línea] (Consultado 09/05/2012). Sobre este aspecto, el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados, alude a que la fórmula que incorpora la CNMC es única, de allí el interés de otros reguladores, principalmente la Autoridad Holandesa que inspira este modelo, lo cual se configura en un contrasentido. Sesión nº 52 del Congreso de los Diputados José María Marín Quemada ha comparecido hoy, 13 de mayo de 2014 en la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados.

darse del Derecho de la Competencia, sobre la regulación, en momento de la resolución de los asuntos dentro de la misma. Lo tendremos ocasión de ver en la última parte de esta Tesis a propósito del examen de los casos en que, por primera vez, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha tenido que resolver el claro enfrentamiento entre Autoridades Reguladoras (Nacionales), Autoridades de Competencia (Europeas) y la Comisión Europea, matizando, si no olvidando, principios tales como confianza legítima, proporcionalidad y subsidiariedad. Pero la importancia que tienen dichos pronunciamientos es que se viene a determinar las relaciones existentes entre la Regulación y el Derecho de la Competencia, como criterios complementarios, en el sentido de afirmar que la Regulación puede establecer y delimitar las condiciones de un mercado, basado en análisis prospectivos de los mercados para la imposición de las obligaciones, pero en los supuestos en que la cobertura dada o límites previstos dejen un margen de maniobra al operador para que adecue su estrategia empresarial y llevándolo abusar de su posición en el mercado, habilitan al Derecho de la Competencia reprimir la conducta, reconfigurar el mercado y servir como red de seguridad para el mismo.

La incorporación en una misma entidad de un sólo tipo de procedimiento administrativo, en este caso concreto de carácter sancionador característico del Derecho de la Competencia, donde se exige de una clara separación de las funciones de instrucción y decisión, no puede replicarse ni aplicarse, respecto de asuntos que son conocidos por parte de los Organismos Reguladores, donde la inmediatez, la complementariedad, la dinámica del mercado y la constante evolución de los mercados son sus verdaderas leyes no escritas. Es un grave error. Se exige un procedimiento nuevo para los casos de regulación. Algún día tendrá que conseguirse.

La integración de todas las Agencias, puede derivar como producto de la homogeneización en cuanto a criterios y metodologías de actuación por parte del nuevo Regulador<sup>11</sup> una disminución en la efectividad de la misma regulación en cada una de los sectores.

Resulta evidente la conveniencia y las aportaciones que supondría de haber revisado realmente y en profundidad, incluso con práctica “in situ”, otros modelos comparados, donde la convergencia en sectores afines en una misma entidad ha sido la tendencia generalizada en el resto de Europa, teniendo como referente el modelo Anglosajón.

De esta manera se podría garantizar la seguridad jurídica y las inversiones, finalidades previstas en la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>12</sup>, cuyo diseño institucional, no garantiza la consecución de dichos objetivos. Más aún, puede

---

<sup>11</sup> DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. “La reforma... Op. cit. Pp. 2.

<sup>12</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *A la hora de plantear la revisión del sistema, el primer elemento que ha de tomarse en consideración es algo que debe caracterizar, no ya a cualquier mercado, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica y la confianza institucional. Estas se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos. Cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia.*



acrecentar la inseguridad jurídica, por la incertidumbre respecto a las decisiones de la CNMC y el desconocimiento de la tendencia regulatoria a seguir, la cual responde a un modelo en construcción, con un sinnúmero de zonas grises y con unos altos costos.

El segundo aspecto a debatir, es lo correspondiente al aumento de la profesionalidad, independencia y neutralidad

Lamentablemente, en nuestro país, una crítica generalizada a la denominada clase política, ha sido la invasión de las Instituciones y entidades, que mercedamente deberían quedar apartadas de la lucha partidista, y que asimismo, deberían tener un fuerte componente técnico.

Son múltiples los foros de debate doctrina de los autores, crítica de la opinión pública, coincidente en designar como un mal, la penetración política de entidades que tendrían que disponer de independencia, a su vez basada en el prestigio que finalmente habría de reposar en el apoyo técnico que tendrían sus miembros.

Las denominadas “Agencias Independientes” tal como se configuran en el Derecho europeo, quieren, sobre el papel, teóricamente, responder precisamente a lo que se vino en denominar el “Estado Neutral”<sup>13</sup>. Esto es, se desgajarían ciertas parcelas de la Administración Pública en sectores sensibles, entendiendo por tales, aquellos que tienen un carácter estructural por ser indispensables, exigir una alta calidad en la prestación basada en criterios puramente técnicos, constituirse en fuente de seguridad jurídica para los inversores y exigir una alta motivación y justificación en sus decisiones, especialmente cuando vienen a regular un sector.

Ciertamente estas “Agencias” pueden disponer de poder de regulación, o por el contrario, actuar *ex post facto* caso por caso. Este último es, exactamente, el supuesto de la Autoridad de Competencia, que en todas sus versiones ha venido actuando, solamente, como decisor y ejecutor mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, de los problemas y asuntos que se le presentaban. Pero lo que no tenía era un poder reglamentario genérico que tuviera como misión organizar y orientar un determinado sector. Precisamente, la Autoridad de Competencia, actúa después de que una conducta haya tenido lugar, en su labor más típica, cuál es la lucha contra los cárteles y los abusos de posición dominante; si bien, es cierto que en el ámbito de las concentraciones económicas sí tiene que actuar no solamente de presente sino mirando también al futuro, al autorizar o no una operación de fusión empresarial. Pero asimismo, actúa incluso en este supuesto, caso por caso, no estableciendo una línea general que monitorice a un sector económico. Luego distinguiremos este aspecto de las “Guías” y demás ámbitos de actuación de derecho indicativo o suave, claramente distinto también del poder regulador. Nótese que en la denominada Ley de Economía Sostenible, la CNC apenas tuvo que aceptar algunas y matizadas aplicaciones de la misma, mientras que por el contrario, las Autoridades de Regulación típicas, entraban de lleno en el objetivo de esta última Ley.

---

<sup>13</sup> SALA ARQUER, JOSE MANUEL. “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”. En VVAA: *Revista de Derecho Administrativo*. Núm, 42, abril.junio. 1984. Pp. 401-422.

Por su lado, las “Autoridades Reguladoras”, exactamente apartadas, se supone en teoría, de toda intromisión política para así poder realizar su neutral labor al servicio del interés general definido en la norma concreta, cuentan resueltamente con este poder regulador, potestad nueva y diferente de las tradicionales que venían siendo utilizadas por la Administración Pública tradicional.

La regulación, idea procedente claramente del derecho norteamericano y precisamente de sus Agencias Independientes – hasta el punto de que el denominado Derecho Administrativo Norteamericano es básicamente el Derecho de estas Agencias - es un poder diferente del que estamos habituados.

Consiste en la posibilidad de encargar a un órgano neutral, de carácter técnico, toda la gestión legal –normativa – y ejecutiva y cuasijudiciales, de un sector económico o técnico. Y hacerlo además mediante una monitorización permanente de dicho sector, atendiendo a técnicas de carácter fundamentalmente económico, con justificación en la consecución del interés general que debe presidir exacta y resueltamente, la organización del mercado en que dicho sector opera. Suma pues a la tradicional potestad reglamentaria – realmente ejercida a través de derecho indicativo normalmente, aunque hay incursiones en una genuina potestad reglamentaria al uso habitual – técnicas de ejecución, con posibilidades suasorias de conductas contrarias al encomendársele también la potestad sancionadora, incluyendo la resolución de conflictos entre los operadores e inclusive, como vamos a ver, un inédito (por ahora) poder de genuino Arbitraje. Todo lo cual lleva a que en el ejercicio de las normas de regulación que ella misma crea – y que crea por pura legitimidad técnica muy lejanamente apoyada en un reconocimiento democrático – disponga de un poder discrecional<sup>14</sup> que supera los criterios y exámenes al uso tradicionales para controlar la discrecionalidad. Se trata no solo ya de la consabida discrecionalidad técnica, sino que superando este criterio al basarse en el dominio de la técnica, no queda vinculada exactamente por sus propios actos en los que a la regulación se refiere, pudiendo cambiar de criterio si así lo puede justificar con una seria motivación. Y es que si el mercado cambia – por razones tecnológicas, empresariales, macro y microeconómicas, o por el propio marco legal sea nacional o comunitario- el poder regulador cambia asimismo y evoluciona a velocidad inmensa, enorme, para ajustarse al cambio e incluso anticiparse a él, cuando no provocarlo directamente.

No hay parámetros jurídicos fácilmente predicables de este poder regulador si se insiste en someterlo a los criterios habituales y tradicionales.

Y mayor prueba aún se encuentra en la difícil tarea asignada a los Jueces en casos como los que tengan que resolver en el ejercicio de su, supuestamente plena, potestad de control sobre el poder regulador.

Porque sucede que el Juez debería disponer en tales casos de conocimientos técnicos que al menos le permitieran entender las pruebas periciales que proceden de tales Autoridades

---

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. “*Sobre los límites constitucionales...* Op.cit. Pp. 147.

reguladoras o que se presenten para combatir tales decisiones y resoluciones. Pero es tal la diferencia técnica y de conocimiento económico altamente sofisticado, que además se mueve en un entorno puramente discrecional, que el resultado es el de una clara asimetría entre el Juez y la Autoridad. Tendría a su vez que regularse un equipo de apoyo permanente a Jueces especializados si se quisiera mínimamente fiscalizar en cuanto al fondo a tal Autoridad. Podemos comprobar cómo, en la Jurisprudencia, a empezar por la de los Tribunales comunitarios, se llega a hablar sin pudor alguno de la “deferencia” que hay que tener con la Comisión Europea en estos temas (y *ceteris paribus* aplicables aquí en España a nuestros Tribunales). Así se dice exactamente en las Sentencias Europeas que constituyen por esta razón, la última parte de la Tesis Doctoral. Esa “deferencia” es la irremisible expresión de la impotencia de controlar a quien, por razones de información asimétrica, dispone de un conjunto de conocimientos difícilmente fiscalizables, y que resultan ser exactamente el núcleo duro de su gestión cotidiana. Esto es, que no se trata de que en algún supuesto exista un aspecto que haya que resolver apelando a un criterio técnico, sino que es toda la actividad continuada, cotidiana, la que permanentemente está utilizando este lenguaje técnico, totalmente cambiante además, mudable según circunstancias tecnológicas y económicas y que para servir al interés general vinculado al sector tiene que mudar y cambiar a su vez de manera continua.

De ahí que haya que hablar, ciertamente, de Regulación como una potestad que se disuelve en un conjunto de técnicas, que en su mayor parte solamente son fiscalizables en ámbitos puramente formales. El control de la discrecionalidad en el ejercicio de este poder, es todo un nuevo desafío a las nuevas generaciones de juristas. Por ahora los avances son fundamentalmente de orden formal, tales como establecer límites en función del fin- pero siempre que aparezca ese fin ya se eclipsan los poderes judiciales en cuanto al control del fondo – la exigencia de Memorias, Informes, que puedan, luego, ser examinados con calma por equipos técnicos al servicio de quienes puedan y deban ejercer ese poder de control, y así sucesivamente.

Nos topamos pues con un tipo de normas que rigen “*ex ante*” un determinado sector, para así poder orientarlo, dirigirlo a distancia, en muchas ocasiones con decisiones fulminantes y por tanto inapelables en la práctica y que, al final, pretenden servir a un interés general pero concretado a un sector difícilmente intercambiable con otro distinto.

En la regulación pues, cobra importancia absoluta la formación, experiencia y prestigio que tenga cada uno de los miembros del órgano.

Quizás una técnica como la CReSAP portuguesa sirva a estos efectos y por eso la relatamos<sup>15</sup>.

Se trata de una imposición de la “troika” comunitaria, establecida en el Memorándum de Entendimiento celebrado con ocasión de la intervención de Portugal para otorgarle el rescate financiero que sus cuentas exigían, so pena de quiebra del Estado luso.

---

<sup>15</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO y BILHIM, JOAO. “La racionalidad política y técnica en la selección de la alta Administración Pública y gestión pública portuguesa: una experiencia útil para España”. En VVAA: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº. 38, 2013. Pp. 36-52

La técnica, consiste en utilizar transparencia, publicidad y técnica como principios rectores de la contratación de personal cualificado allí donde se necesite. Muy resumidamente, el procedimiento consiste en realizar una convocatoria pública para cualquier puesto técnico – en el caso de la CNMC podría alcanzar a los propios Consejeros- pudiendo presentarse a esa llamada de la Administración cualquier interesado que se considere capacitado para desempeñar tal cargo en cuestión. Previamente, debe admitir que todo candidato a cualquier puesto que entre a concursar, concede de antemano que todo su proceso sea público y todos los resultados se publiquen informáticamente en la red, de manera que cualquier observador, competidor o analista, a un golpe de teclado en su ordenador, tenga acceso a todo el procedimiento y a todos los datos, incluido en su caso, las calificaciones negativas que pueda sufrir (con lo cual puede volverse en su contra todo el proceso ya que alguien públicamente reprobado puede encontrar luego dificultades para encontrar un trabajo equivalente). Y la Agencia de Protección de Datos Portuguesa ha admitido plenamente que si el interesado acepta previamente que tales datos sean publicados, no hay obstáculo alguno para que efectivamente sean conocidos y permanezcan en la red a disposición de todos. Por supuesto si se opone a esta exigencia, simplemente no entra en el proceso de selección

Se le hacen doce preguntas a las que debe responder, del tipo de por qué merece usted este puesto, qué experiencia tiene, qué éxitos ha logrado en el sector, también su curriculum vitae, sistema de incompatibilidades, retribuciones obtenidas y, en fin, todo lo que exigiría un Departamento de Recursos Humanos a la hora de seleccionar el personal, incluidas las relaciones con el poder público.

Con esta base, se hace una puntuación, un baremo, y se propone al Gobierno una terna perfectamente pública y seleccionada, incluyendo una eventual entrevista. Por cierto, que los miembros de la CReSAP son en su mayoría (tres sobre cuatro) catedráticos de Universidad, una muestra más de que el olvido del Alma Mater es típico solo de nuestro país.

Lo que se logra así es ganar reputación, prestigio y hacer público ante todos los analistas que los sectores para los que se ha escogido a ese candidato, están en buenas manos.

El sistema funciona razonablemente bien y ha permitido neutralizar técnicamente a la Política, respecto de un notable número de puestos de responsabilidad.

Desde luego, nada que ver con el nombramiento que se hace en nuestro país en prácticamente ningún sector, y desde luego, no en la CNMC.

En nuestro caso, se ha dado algún paso de avance, pero sin duda es un examen político, hecho por políticos, omniscientes por tanto por decirlo de forma eufemística. Porque el nombramiento lo hace el Gobierno, como siempre usando el latiguillo habitual de “personas de reconocido prestigio”...Presentan su curriculum al Congreso (Comisión que corresponda) y por mayoría absoluta se les vota; cabe el veto, pero realizado por tres quintas partes de los miembros del Congreso. Con ello, la presentación es política y el examen es político. Lo que garantiza exacta y resueltamente es que se ha elegido a un buen...político, quien razonará políticamente y su

conducta será política sabiendo al Partido Político al que se debe. Exacta y diametralmente opuesto a lo que se pretende en un “Estado Neutral”<sup>16</sup>.

Para examinar y ofrecer un juicio crítico sobre el modelo CNMC, es necesario examinar sus orígenes, ver los antecedentes. Sin ellos no se comprendería en absoluto a qué responde el cambio, qué se ha modificado y cómo realizar un balance del resultado legal.

Tiene pues que comprenderse que se estudie, con exhaustividad, todo el entramado, la urdimbre que se creó (y la que no se creó) para así proceder a realizar la oportuna crítica y proponer mejoras.

Continuando con esta introducción, hay que indicar que se examinan en el trabajo doctoral, lo que hemos denominado “tres fases” del modelo regulatorio español

Corresponde la primera al nacimiento de antiguos organismos que en el momento de su creación supusieron alguna extrañeza organizativa, pero que no imaginaron que llegaran a ser considerados como “Agencias Independientes” (por cierto que ninguno de ellos, curiosamente, se rige por la “Ley de Agencias”, lo que no deja de ser una ironía legislativa posiblemente no meditada por el propio Legislador).

En la primera fase, se examinan los rasgos que ofrece el Consejo de Seguridad Nuclear y su evolución, con la particularidad de que es su Ley la que inventa en época ya lejana la exigencia de mayoría parlamentaria para su nombramiento e instaura el régimen de veto por mayoría cualificada de tres quintas partes del Congreso de los Diputados.

Ya dispone de ciertas potestades normativas de carácter técnico que llevan a la adopción de decisiones difícilmente controlables por un Juez, y mucho menos en tiempo real: paralizar un reactor es un tema que no llegará a los Tribunales, por las razones antes explicadas.

Luego se examinan Organismos muy caros a este Tribunal de Tesis. Así, el Banco de España, la más notable de las entidades y que concentra prácticamente todos los poderes y funciones que luego han replicado, con mayor o menor fortuna, el resto de Agencias, sean o no sean reguladoras<sup>17</sup>. Así, desde la potestad normativa, iniciada con sus tradicionales “pastorales”,

---

<sup>16</sup> DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. “*La reforma de los Organismos de Regulación (II): mejoras en la gobernanza*”. Disponible en: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=18939> [En línea] (Consultado 05/05/2014). El sistema de designación previsto no mejora la profesionalidad, si la transparencia en la comparecencia de los Consejos ante la Comisión del Congreso de los Diputados. Si existe profesionalidad en los miembros, como criterio principal, para que proceda a su designación, se estaría garantizando de esta manera no solamente la independencia y sino la neutralidad de la entidad y estaríamos en presencia de un autoridad Neutral.

Por consiguiente, la tarea a desarrollar por la entidad es demostrar su independencia no solo de los agentes económicos, sino garantizar su independencia del Gobierno, la cual vendrá de la mano de la profesionalidad de los miembros en la adopción de decisiones basada en la defensa de los intereses de los ciudadanos y la satisfacción del interés general; solo así, podrá demostrarse la independencia de la entidad.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN y AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, JAIME. *Comentarios a la Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito*. Fundación Fondo para la

eminentes Circulares que afectaban inicialmente al “ordenamiento sectorial” dentro de relaciones de supremacía especial, pero que se han ido expandiendo, primero creando un “efecto reflejo para terceros” y finalmente, de manera abierta para el ejercicio de las Altas potestades que le incumben; hasta las potestades de inspección, sanción, remoción, intervención, en fin, toda la disciplina bancaria. Hoy en fase de tránsito hacia la nueva arquitectura institucional de Bancos centrales (Sistema Europeo de Bancos Centrales), y con un nuevo perfil en el entorno europeo, ha constituido el centro de gravedad permanente de toda la reflexión profesional y académica sobre lo que es en nuestro país una genuina Autoridad Independiente.

Igualmente se examina la Comisión Nacional del Mercado de Valores, excluida como todo lo que afecta al sistema financiero, de la Ley de Economía Sostenible, y que replica, en cierta medida, el esquema anterior. No obstante tiene alguna dependencia del Ministerio de Economía y Competitividad, encargado de imponer las sanciones graves.

Como es lógico, dentro de estas Autoridades, incluimos un examen, con la brevedad que requiere el caso, de la Agencia de Protección de Datos, que ha ido dando pasos en la autoorganización y la financiación. Como en todos los demás casos, remitimos a las páginas de nuestro estudio doctoral

Con alguna mayor intensidad se analizan las Agencias Reguladoras en economías de redes, ya que son fundamentalmente las que se han integrado en la CNMC.

No es el momento de abordar lo que de ellas decimos, ya que, incluso prolijamente, detallamos sus esquemas y funcionamiento en lo que hemos denominado “Segunda Etapa”, que nos interesa especialmente por la susodicha razón.

Así se estudian la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Sector Postal, y todas sus respectivas potestades de autoorganización, financiera y presupuestaria, normativa, sancionadora, disciplinadora y sobre todo la función reguladora, que responde con bastante exactitud a lo que hemos indicado anteriormente sobre este concepto.

Aquí el lector encontrará asentados todos los fundamentos que permitirán realizar la crítica posterior.

En lo que llamamos la “tercera fase”, ya de creación de la CNMC, examinamos en primer término el derecho comparado al que ya hemos hecho referencia (alemán, holandés y británico, si bien la oposición parlamentaria indicó con toda seriedad y gravedad que el verdadero modelo español se encontraba en Estonia), y se extraen los criterios que permiten realizar el oportuno contraste con tales organizaciones, destacando, como se ha adelantado, que no se corresponden con ninguna de ellas.

Ya en el Capítulo V, referido a la “Naturaleza Jurídica” de la CNMC, se estudia exhaustivamente su régimen jurídico y se analiza si se compadece con su misión institucional, examinando algunos fallos del legislador, que luego se desarrollan más en el siguiente Capítulo referido a la Independencia de este Organismo.

También se examinan el régimen presupuestario, de contratación, y, naturalmente, el sistema de control parlamentario en nombramientos que ya ha sido mencionado. Asimismo se menciona la técnica habitual de control judicial, las relaciones con el Poder Ejecutivo, con la Administración General del Estado y con las Instituciones Europeas, con lo cual, se logra un panorama completo y acabado de su posición institucional dentro del esquema de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo.

Dada la importancia, crucial, de la Independencia que tiene que revestir la Comisión, tanto orgánica como funcionalmente, se dedica un amplio Capítulo VI a desarrollar lo que significa.

Así se examinan las funciones (y disfunciones) del Consejo y Salas, criticando la omnisciencia supuesta a los Consejeros, que han de conocer todos los sectores regulados y a la par ser expertos en derecho de la competencia. Además, se incluye todo el complejo mundo de relaciones con las diferentes Direcciones de Instrucción en cada uno de los Sectores y en Competencia, especificando los problemas de información que existen entre ellos y con el Consejo y que pueden llevar al fracaso a esta organización. Y todos los demás órganos de la Comisión, sus atribuciones, funciones, régimen de personal, en fin, todo lo que exige un conocimiento profundo de una Institución.

Se llega a la conclusión de que es un diseño inmaduro por incierto, donde tendrá que realizarse un importante esfuerzo personal y no formalizado para ir solventando los problemas que vayan apareciendo por falta de previsión legal, así, por ejemplo, la extraña dependencia administrativa al permitirse determinados recursos ante el Ministerio, con incompatibilidad con lo que debería ser una genuina autonomía. En fin, se examina todo su perfil de funcionamiento y organización, y se vuelve a comprobar que la improvisación es lamentablemente mayor incluso de lo que cabe esperar a primera vista.

El Capítulo VII se refiere a las atribuciones de la CNMC, con análisis de sus funciones, especialmente las referidas a las de regulación, supervisión y control. Se estudia sus potestades, tanto la general de dictar actos administrativos, como la potestad normativa, la inédita función arbitral – que curiosamente supone una llamada a terceros como verdaderos árbitros con emisión de Laudo, si bien queda cuestionada si llegará a tener, de ponerse en práctica, la cualidad de “cosa juzgada” y ser un genuino “equivalente jurisdiccional”, por usar la expresión del Tribunal Constitucional. Con delgado hilo fino, hay que separar esta función de la de Resolución de Conflictos, que es un mecanismo alternativo de solución de controversias, que opera al modo del artículo 107.2 de la Ley 30/1992, al igual que la terminación convencional, al modo del artículo 88 de la misma Ley, que ya se conoce y aplica, con su modalidad específica, desde la ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Y es que dirimir controversias es labor de primera índole en Organismos como la CNMC, ya que desde un acceso de terceros

a la red, hasta estrechamiento de márgenes o lanzamiento de campañas publicitarias, pueden exigir a los competidores que actúe este Organismo, poniendo fin, con técnicas resolutorias imperativas, a tales disputas. No se puede confundir con el Arbitraje entre otras razones por cuanto cabe, con plena jurisdicción, examinar el contenido de fondo de la decisión, aunque ya hemos indicado, simultáneamente, las enormes dificultades que encontrará el Poder Judicial en casos como éstos. Por consiguiente, se hace indispensable, la creación de un adecuado y oportuno y adecuado conjunto de procedimientos dentro de la misma entidad, ante la diversidad de funciones que detenta. De ahí que sea necesario apelar a la buenas prácticas regulatorias, como podría ser el sistema de competencias concurrentes, como un mecanismo óptimo para evitar resoluciones contradictorias en la misma entidad. Sumado a otra serie de mecanismos orientados a limitar la discrecionalidad de la autoridad reguladora en este caso la CNMC<sup>18</sup>

Asimismo se estudian en profundidad todas las actuaciones propias del Derecho de la Competencia, anunciando ya los problemas y cuestiones que presenta su cohabitación con la técnica reguladora.

El último Capítulo “Culturas Jurídicas en una sola Autoridad” se realiza a través del examen de una serie de casos, en concreto Sentencias Judiciales, culminando así un trabajo con una perspectiva aplicadora y práctica.

Sirven extraordinariamente para poner de manifiesto cómo Regulación y Competencia, como agua y aceite, difícilmente encontrarán la alquimia que las permita fundirse.

Prueba de ello es, para empezar, que la solución de la Unión Europea es resueltamente contraria a la norteamericana, con lo cual, ya podemos suponer que el tema no está resuelto ni se espera que lo esté próximamente. En Norteamérica, que en la Sherman Act de 1890 y en la Clayton Act de 1914, inventaron de arriba abajo el derecho antitrust, se ha dado primacía a la confianza depositada en el regulador sectorial, de manera que si una Autoridad Reguladora adopta una decisión, crea una legítima expectativa en el operador y en el mercado que luego no puede venir a desconocer la Autoridad de Competencia. Y sin embargo, en la Unión Europea, acuciada por los problemas de integración de los mercados en un espacio único europeo, se da primacía al Derecho de la Competencia, haya dicho lo que haya dicho el Regulador Nacional. Es más, le impone al operador principal, cargas no escritas ni pensadas desde luego en ninguna organización empresarial, tales como tener que solicitar ella misma que se eleven las cargas autorizadas nada menos que por el propio Regulador, una especie de confesión calvinista ante sí mismo, que ni se entiende ni se puede comprender fácilmente

Lo cierto es que el análisis de casos, muestra que las relaciones entre Competencia y Regulación ni son pacíficas ni están resueltas. Y desde luego el camino emprendido de mezclarlas en un “*totum revolutum*” presidido por personajes que deben ser omniscientes y omnipotentes, no parece resolver en un asunto tan humano como dar servicio y hacerlo competitivamente.

---

<sup>18</sup> DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. “La reforma de los Organismos de Regulación (II): mejoras... Op. cit. Pp. 2.



Como siempre tenemos que confiar en las Instituciones, pero las Instituciones deben volverse confiables. Y para ello, la estabilidad, la permanencia, el “*lento*” o como mucho *a dagio*” es la forma más eficaz de conseguirlo<sup>19</sup>.

No ha sido así en lo que hace a la creación de la CNMC. Esperemos que el tiempo sea el instrumento, acaso el único instrumento, que consolide una reforma cuyas debilidades y torpezas, hasta ahora, no se han podido ocultar ante el examen pormenorizado que se hace en un trabajo extenso e intenso como es una Tesis Doctoral.

## II.- OBJETIVOS E HIPÓTESIS

### Hipótesis

**H1.** La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) plantea una propuesta donde la Regulación y la Competencia garantizan la seguridad jurídica en el mercado español.

**H2.** La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) cumple con las características de una Autoridad Independiente.

**H3.** La estructura, funciones y potestades asignadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se ajustan a los sectores regulados y a la competencia en el mercado español.

### Objetivos

#### - Generales

1. Analizar si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), es un modelo donde la Regulación y la Competencia son compatibles y cumple con su fin primordial de garantizar la seguridad jurídica en el mercado español.
2. Revisar si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) incorpora en su labor las características de Independencia, Neutralidad, Especialidad Técnica y Eficiencia.

---

<sup>19</sup> Este es el objetivo a conseguir por parte de la CNMC. De ahí, que se haya expedido el Plan Estratégico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia Disponible en: [http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/PlanEstrategico\\_CNMC.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/PlanEstrategico_CNMC.pdf), por el cual se busca la máxima eficacia y el mejor funcionamiento de los mercados. Esta herramienta se constituye en la hoja de ruta que desarrollara la entidad para la consecución de los objetivos previstos en la Ley de Creación de creación de la Comisión.

3. Verificar si la estructura, funciones y potestades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se ajustan a los sectores regulados y a la competencia en el mercado español.

#### **- Específicos**

1. Obtener un soporte teórico relacionado con la regulación como una forma de intervención que se incorpora en la Unión Europea en la etapa posterior a la liberalización de los mercados, con referente para determinar la separación de las actividades de regulación y gestión, y la creación de las autoridades nacionales de regulación.
2. Definir qué es una Autoridad Independiente, sus elementos esenciales, potestades y características y revisar la experiencia comparada y su evolución en los Estados Unidos, Inglaterra y Francia.
3. Estudiar cómo se incorpora el concepto de Administración Independiente en España antes de la liberalización y después de liberalización con la creación de las Comisiones Reguladoras en los Sectores de Red (Telecomunicaciones, Sector Postal, Electricidad, Gas, entre otros), con el fin de conocer los rasgos característicos, la estructura, la independencia funcional y orgánica de dichas comisiones.
4. Revisar la incidencia del concepto de Organismo Regulador como una categoría genérica donde se agrupa a las Comisiones de Regulación a través de una estructura uniforme y mecanismos que garanticen su independencia.
5. Analizar los antecedentes por los cuales se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, entre ellos la experiencia comparada, los informes elaborados por parte del Gobierno y por las Comisiones implicadas en la reforma, la tramitación que tuvo la Ley y cómo estos inciden en el proyecto final aprobado por las Cortes.
6. Describir la naturaleza, estructura, órganos, competencias, funciones y controles de la CNMC, para posteriormente contrastarla con el régimen anterior de los organismos reguladores y de la autoridad de competencia, específicamente con las características de neutralidad e independencia.
7. Determinar si la Regulación y la Competencia son compatibles dentro de la estructura de la CNMC y establecer posibles mecanismos de conexión entre ellas dentro de una misma entidad.

### III.- METODOLOGÍA

La Tesis se desarrolla a partir de una *metodología teórica a nivel explicativo y discursivo*. En ella también se formulan problemas jurídicos que derivan de la incorporación de una entidad de la naturaleza y particularidades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ordenamiento jurídico español y su incidencia en el mercado. El fundamento de la investigación se halla en la legislación, jurisprudencia y doctrina vigentes en España, así como una revisión de los diversos modelos existentes en materia de Autoridades Independientes y modelos Convergentes con el fin de determinar sus particularidades respecto a la Comisión objeto de estudio y las relaciones que existen entre la Regulación y la Competencia, y la problemática que puede derivar su aplicación y desarrollo por parte de una sola entidad.

A partir de la referencia histórica es posible fijar los límites temporales de la investigación. En lo que a España se refiere, se analizan las diferentes etapas en las que se han desarrollado las Administraciones Independientes, con el fin de precisar cuando fueron creadas las Comisiones Reguladoras. A partir del inicio del proceso de liberalización y la necesidad de realizar la separación entre las funciones de prestación y regulación, la evolución del concepto, la problemática derivada de las potestades que le han sido atribuidas, los mecanismos creados para garantizar su independencia. El año determinante para esta investigación, es el año 2011, donde se gesta la posible reforma de los Organismos Reguladores y su unificación bajo una sola entidad donde confluyen tanto las funciones de competencia como de regulación sectorial, culminando dicho proceso el día 5 de junio del 2013 día en el que se publica en Boletín Oficial del Estado, la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Ello, desde luego, no es obstáculo para que se haga mención de acontecimientos pasados que están vinculados con el área de estudio o que se ha juzgado de interés citarlos. Finalmente se realiza una revisión de la legislación, y doctrina y documentos expedidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; en particular del Plan Estratégico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que pretende realizar y reforzar la competencia y supervisión de mercados y gestionar una regulación económica eficiente. Todo ello, finaliza en el mes de abril de 2014, cuando se concluye la Tesis.

### IV.- ESTRUCTURA

La Investigación se divide en tres partes.

En la *Primera Parte*, titulada “La Regulación y Las Autoridades Independientes” se analiza el desarrollo de ambas instituciones a lo largo de dos Capítulos que obedecen a la siguiente lógica:

El Capítulo I donde se analiza la regulación como forma de intervención y dónde se estudia el concepto de regulación y sus elementos, para posteriormente revisar la necesidad y

pertinencia de esta forma de intervención del Estado, cual es su incidencia en los sectores económicos, para posteriormente revisar algunos sectores estratégicos; asimismo se analiza la forma de regular a través de las Autoridades Nacionales de Reglamentación y finalizar este capítulo con el proceso llevado en sectores de las telecomunicaciones, energía y sector postal desde el ámbito comunitario y cómo se crean las Autoridades Nacionales de Regulación y las atribuciones que le han sido conferidas desde la órbita del Derecho de la Unión Europea.

El Capítulo II recibe el nombre de “Las Autoridades Independientes y el Modelo Comparado”; para lo cual partimos del concepto, naturaleza jurídica y principales características de las mismas, para posteriormente analizar su independencia, neutralidad, eficiencia y especialidad técnica; se examinan las funciones y competencias desempeñadas, efectuando una revisión de las atribuidas como lo son: Competencia Normativa; Ejecutiva; de Supervisión, Vigilancia y Sanción, Regulatoria y Parajudicial. Una vez definidas sus atribuciones, se efectúa una revisión de cómo se concreta la separación de la actividad de Regulación de otras actividades del Estado y su aplicación por parte de las Agencias Reguladoras y se concluye con la revisión de los modelos de Autoridades Independientes en el Derecho comparado, tomando como referentes los Estados Unidos, el Reino Unido y Francia, analizando el surgimiento de la figura su evolución, sus principales características, los controles que versan sobre ellas y su reconocimiento dentro del sistema jurídico de cada uno de estos países.

*Segunda Parte*, se denomina “El modelo regulatorio español y las Comisiones Reguladoras antes de la creación de la CNMC”. Esta parte se conforma en un único capítulo, el Capítulo III. Las tres etapas del modelo Regulatorio español antes de la CNMC. Primera Etapa: “El Surgimiento de las Autoridades Independientes en España”, analizando el Consejo de Seguridad Nuclear, sus funciones normativas, funciones de propuestas e informes y funciones autónomas; el Banco de España, sus funciones para garantizar su independencia; la Comisión Nacional del Mercado de Valores y Agencia de Protección de Datos. La Segunda Etapa. En ella se crean las Comisiones Reguladoras, centrando nuestro estudio en la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones-CMT, su origen y principales funciones que fueron: Función Normativa, de Vigilancia y Supervisión y de Inspección y Sanción. La Comisión Nacional de Energía en sus distintas etapas: Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN), Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE) y Comisión Nacional de Energía (CNE) y sus diversas facultades: Normativas, Ejecutivas, de Supervisión, Consultivas y de Propuesta, asimismo, en materia de derecho de la Competencia, de obtención de Información, de Investigación y de Sanción, de Asesoramiento, de Resolución de Conflictos. La Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), analizando su evolución, las competencias que le habían sido atribuidas a los diferentes órganos de la Administración General del Estado, hasta la creación de la Comisión, sus funciones, en especial la de Inspección y Vigilancia y la función Sancionadora

Se concluye este Capítulo con la problemática constitucional derivada de la incorporación de estas Comisiones en el sistema jurídico español y los cuestionamientos realizados por la jurisprudencia respecto a las funciones normativas y de resolución de conflictos encomendadas a este tipo de entidades, analizando luego una Tercera Etapa, denominada Ley de Economía

Sostenible (LES) y su incidencia en los Organismos Reguladores, donde se precisa el alcance de dicha Ley sobre el régimen de los Organismos Reguladores, su estructura orgánica, las incompatibilidades y prohibiciones, los motivos de cese en el ejercicio del cargo y la transparencia y responsabilidad de los Organismos Reguladores.

*Tercera Parte.* Está dedicada al estudio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC, examinando la cuestión referente a la Regulación y Competencia integradas, la cual divide en cuatro capítulos.

Capítulo IV. “Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)”, en el que se analizan los antecedentes, para lo cual se revisa el modelo comparado que inspira principalmente el caso Alemán, donde se revisan sus antecedentes, cuál es su misión, las competencias que desempeña, su independencia y las relaciones que existe entre la Autoridad de Competencia y la Agencia Federal de Redes. Como un segundo modelo de análisis, se revisa el modelo Holandés, composición, funcionamiento y el modelo que incorpora; también se estudia el nuevo modelo Del Reino Unido (que ha empezado a funcionar el día 1 de abril), precisando las justificaciones de dicha reforma, sus particularidades y el aumento de las herramientas para la Defensa de la Competencia.

Una vez analizada la experiencia internacional, se procede a revisar los estudios previos elaborados tanto por el Gobierno y las consultoras, para posteriormente examinar los objetivos, justificación de la reforma, el trámite que tuvo la Ley en las Cortes, la constitución y puesta en marcha de la CNMC, para finalizar con las divergencias existente entre el modelo que incorpora la CNMC con la experiencia internacional.

Capítulo V. “Naturaleza Jurídica de La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)”, donde se analiza su naturaleza y régimen jurídico, la independencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, su régimen jurídico y legal, con el fin de proceder a describir el objeto de la Comisión y si esta cumple con la independencia típica de las Administraciones Independientes; régimen del cual se desprende su sistema económico y financiero, de contratación y de presupuesto y un conjunto de controles por parte del Parlamento y de los Jueces respecto a sus actuaciones, así como las relaciones con las otras ramas del Poder Público

Capítulo VI. “Independencia Orgánica y Funcional de la CNMC”, en que se analizan todos y cada uno de los elementos de la organización y funcionamiento de la nueva entidad, para lo cual se hace necesario revisar su estructura, sus órganos de Gobierno, funciones y actividades del Consejo de dicha Comisión, así como el sistema previsto para la designación de sus integrantes, el régimen de incompatibilidades e inhabilidades y los motivos de cese de los miembros, para posteriormente analizar las funciones de dicho Consejo y del funcionamiento tanto del Pleno como de las Salas que lo integran, así como las funciones que vienen a desempeñar el Presidente y Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sus órganos de Dirección, la forma de designación, las funciones genéricas de cada una; posteriormente se analizan las funciones desempeñadas por las cuatro direcciones:

Dirección de Instrucción de Competencia, Dirección de Instrucción de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, Dirección de Instrucción de Energía y la Dirección de Instrucción de Transporte y del Sector Postal. También se extiende el Capítulo al escrutinio de los demás órganos con los que contará la mencionada Comisión, como lo son, la Secretaria General de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Departamento de Promoción de la Competencia, el Departamento de Control Interno, el Estatuto Orgánico, la facultad autoorganizativa de la CNMC, las principales técnicas de participación en su organización interna, donde es necesario precisar su régimen de personal, la asistencia jurídica, para finalizar con la transparencia que debe mediar en las actuaciones que realice la entidad.

Capítulo VII. “Funciones y potestades. Atribuciones de las CNMC”, que se dividió en dos partes. En la primera donde se analizan las funciones que desempeñara la CNMC, destacándose los dos grupos de funciones: las de Competencia, y las funciones de supervisión y control en los mercados regulados, la cláusula residual de potestades y atribuciones. Se examinan las funciones de naturaleza administrativa que fueron transferidas por parte de los Organismos Reguladores a los Ministerios. Y posteriormente, se revisan las potestades de esta nueva Comisión como son: potestad de dictar actos administrativos, potestad Normativa, función Arbitral, Resolución de Conflictos y las facultades Inspección, requerimiento de información y la potestad sancionatoria. Asimismo, se incorpora la novedosa función de garantizar la unidad de mercado, de conformidad con la ley homónima.

Capítulo VIII. “Regulación y Competencia: Dos culturas jurídicas en una sola entidad”. Siendo necesario estudiar nuevamente la idea de Regulación Económica, sus objetivos e instrumentos de intervención; de igual forma el Derecho de la Competencia, sus objetivos y respectivos instrumentos de intervención en el mercado. Los diversos puntos de relación entre la Regulación y el Derecho de la Competencia, de allí que se haga especial énfasis en la aplicación conjunta o concurrente de ambas normativas, si existe o no un carácter complementario entre la regulación y la competencia, las zonas grises y los diversos casos de análisis. El primero de ellos, sobre una polémica aplicación del Derecho de la Competencia, para lo cual se hará una definición previa de lo que es el estrechamiento de márgenes, comportamiento que es analizado en dos Sentencias capitales proferidas por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea donde se determinan las relaciones existentes entre la regulación y la competencia y el ámbito competencial entre la Autoridad Reguladora y la Comisión Europea; el segundo caso de análisis, son los acuerdos de actuación conjunta para la adquisición de contenidos audiovisuales y comercialización de servicios de televisión de pago en el mercado español con otros servicios de comunicaciones. Finaliza este capítulo con el nuevo escenario sobre las relaciones e interpenetraciones entre Regulación y Competencia en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia - posibles mecanismos de solución frente al nuevo modelo competencia previsto en la CNMC-, como son: asignar a la dirección de competencia la realización de algunas funciones encomendadas a las diversas direcciones sectoriales, la calidad de la información, la creación de un sistema de competencias concurrentes para la aplicación de las normas de competencia y el voto de calidad del Presidente en la resolución de estos conflictos.

# ABSTRACT

## I. - INTRODUCTION

The present doctoral Thesis, turns on the National Commission of the Markets and Competition CNMC and the existing relation between the Regulation and the Competition, like different legal cultures and with different scopes of performance, that has been integrated in a single organization.

It appears thus, like first problem to solve, the boundary of both concepts in the legal plane, starting off in question of the institutionalization of economic techniques that have had a remarkable impact in the European legislation. And soon, once developed in the communitarian or European scope, Members were transferred to the different States. Therefore, it is resolutely in Europe where there would be to look for the best definition of both techniques and concepts.

It is done in this Thesis, examining the norms that implanted these concepts and techniques in the own European Union. Soon, also, and perhaps for being an imperative imposed by the own Exhibition of Reasons for the creation law of the CNMC, studies the German model and the Dutch. It will be necessary to add, also the British model, perhaps since by its modernity and to share tendency with the idea represented by the Spanish Law, it is worth the trouble to examine.

In the German model, it is necessary to warn that he is not coincident with the Spanish, in spite of the manifestations that have been made governmental. Because although Integra some economic sectors based on network economies, (Bundesnetzagentur) the certain thing is that the Authority of Competition (Bundeskartellamt) continues completely like separated organ and in line with its traditional technique. In way some Regulation and Competition are mixed, reason why the enormous problems that occur here, lack the minimum reference in the germanic model<sup>20</sup>. It agrees to insist, since, more or less of contraband, this it is the thesis that has been tried to expand and that, simply, is not certain.

The Dutch model is still unknown. And it is, because he has not finished his transition. It is in the process. Hence try to serve as a parallel to our newly created Agency, when it has not even

---

<sup>20</sup> Answer of the university professor of Administrative Right of the University Carlos III of Madrid, Takings of the Quadra-Salcedo, on the concentration of organisms supervisors in the National Commission of the Markets and the Competition, extracted of the made interview the 12 of September of 2012, in the campus of Getafe of the UC3M. Available in: <http://fideca.wordpress.com/tag/organismos-reguladores/> [In line] (Consulted 20 (10/2012)

finished complete, is at least, somewhat risky. You can not offer experience and data that support the defense that this is in fact an export facility, and in fact, still take time to make it a reality. Only then could be attempted comparison.

It then examines also the British model, where integration in related organisms has been the dominant feature in recent years, particularly with the specimen to the Office of Communications OFCOM, which resulted from the functions on electronic and audiovisual communications.

Recently, Enterprise and Regulatory Reform Act of 25 April 2013, creates Competition and Markets Authority CMA in the acronym. They are joining functions previously attributed to the Competition Commission (CC ) and a number of responsibilities the Office of Fair Trading ( OFT ) and which has a " shadow Authority " to transition .

What is striking is that in all these cases , there is provided an extended period , years later , to go making this transition. Amazing that on the contrary, in our case, has not given any period, but an accelerated , it has sought a clean break is made, without a smooth glide that allows to gradually adopt the juridical culture of organisms merge, anticipating problems through models and forecasts that anticipate solutions.

Improvisation course, has been part of the creation of this organization in Spain, and in the view of many observers, has not been oblivious too, the idea of giving political appointments that the previous Government had made at the last minute response. But we should note that the swing of the institutions is the worst remedy that can be applied to ensure stability, an essential part of their independence. Back to this.

Naturally, the bulk of the review is carried out on Spanish law , bearing in mind both the examined foreign and European contributions , such as the question, almost tormented, whether it is possible and feasible to combine in a single agency, both techniques Regulation and Competition , with their respective rights - has been talking about tax law regulation and competition law - and get plausible results for markets and especially for users, business customers subject to the implementation of such rights .

We anticipate that the outcome of the research is that results can hardly achieved success as a result of the merger of Regulatory Agencies with the competition authorities. After careful consideration, analyzing in depth and compared all own evolution, the attempt is made in the law of creation, not happy nor augurs for Regulation and Competition for the result, and therefore, for citizens, past recipients, usually in their capacity as clients of such policies, legislation and administration.

In the research, then, narrow part of what is precisely the two, Competition and Regulation. Thus studying the origin, evolution and development. And to do so, in addition to examining the different theories on such concepts as the challenge we have in this work is mainly to review what the law has made creating this CNMC, initially adopts a subjective position. This is the background that constitute the remote origin of this new authority are discussed.



Therefore, this research takes place in the context of Independent Authorities in regulated markets, their genesis , evolution and consolidation in the Spanish system, which has barely thirty, which occurred exactly once in the process of liberalization and perhaps hand, urging, also from the side of the Competition Law. Suffice it to recall here the first known reports of the then Court of Competition, to prove that he was at the forefront of liberalization through a policy of promoting competition that instauraba through the various reports .

On the one hand, and as a product of European demands to create Authorities responsible for establishing the mechanisms and criteria for the consolidation of competition and liberalization in the markets taking that there can be no market without regulation, such Authorities, which are called National Regulatory Authorities (NRAs), he managed to establish itself as a uni - sectoral Regulators in strategic markets formerly belonged, as monopolies, public sector.

These markets, mainly organized in network economies, markets were mainly telecommunications, energy and the postal sector (the latter with a not very relevant experience in Spain, from the perspective of deregulation). Such markets were characterized by the exercise of an administrative activity exerted continuously directed to specific subjects. Unlike traditional administrative activity, the regulation appears on such sectors as an activity that adds management, implementation, programming and planning, but thus allowing oriented business. These markets are controlled depending on the specific obligations imposed upon them by reason of the particular industry and wide range of technical and economic discretion<sup>21</sup>, in response to the changing markets, usually by technological issues, require that various problems that arise, are resolved in accordance with the achievement of the general interest, to impose those obligations and measures, whether general or specific , but always respond to the achievement of the same .

On the other side of the legal merger, the body responsible for defining and specifying the Competition Law appears. First there was the famous Court of Antitrust really operating from the Law 16 /1989, since the previous legislation 1963 Suppression of Restrictive Practices Competition... not suppressed anything (not produced a single disciplinary proceedings, but one file actions ) . But following the momentum generated by the entry into the then European Economic Community, the new Court of Competition gave strong support to the implementation of this law, as that makes the penal law , and the promotion of competition , and at the end of his life , also scored notable successes in the implementation of the policy and law of economic concentrations.

After its transformation in 2007 into the National Competition Commission (CNC), its market presence as an essential administrative actor, became increasingly important .

And so now we are trying to solve the challenge of a legal merger with other Authorities. And obviously provide critical results, alternatives and, occasionally, proposals for improvement.

---

<sup>21</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, RAMON TOMAS. "On the constitutional limits of discretion." In VVAA: Journal of public administration. No. 187. 2012. Pp. 141-170.

This thesis has as object of study , the National Commission Markets and the Competition whose creation responds to the theoretical , achieving two main objectives , namely: a ) clarification of existing skills in order to avoid overlaps and contradictory procedures, reducing the number of regulatory agencies , which would result in the simplification of its structure and operation of this new entity and b ) a second objective to increase the professionalism , neutrality and independence of its members<sup>22</sup>.

The investigation began to take shape during the year 2011, in parallel with the proposal presented by the current Prime Minister in his inaugural address in December of that year. Since there proposed institutional review of regulatory bodies in order to reorganize the duties authorized in the various laws of creation of the agencies. Inevitably, perhaps by extending the concept of Independent Agency (although paradoxically never regulated by the eponymous Act ), are also addressed , as if the same type of entity it were , to the CNC.

The criteria for review and the development of a new regulatory model led to the creation of a new entity took shape in two initial reports submitted in January and February 2012 by the Administration and by a major consulting business; University, perhaps as happens lately, was not called to work, making it really had numerous academic experts in regulation and competence in the field of Law, Economy and Technology

The first report was prepared by the Ministry of the Presidency and presented at the Council of Ministers of January 20, 2012 , entitled " Report on the Current Situation of Regulators and Possible Reform"<sup>23</sup> and the second report prepared by PricewaterhouseCoopers Consulting business, SL, (PwC ) to Telefónica "organizational model of national regulators and competition in Spain"<sup>24</sup> , which was widely called complement .

In fact the first of the reports , generically presents the general aspects of the Regulators , his regime both assignment and budgetary trends in Comparative Law and a list of conclusions. Of these, it follows that it is essential to reform the public sector and particularly regulators, due to the increase in the creation of such entities in recent years in Spain . It is understood that they must direct its action under the criteria of efficiency, which leads to the reduction of the number of agencies, simplifying its structure , improving performance, and increasing professionalism , neutrality and independence of its members and avoiding decisions contradictory or unnecessary when analyzing or punishing conduct by a Regulatory Authority or the Competition Authority duplication.

In fact, is not specified in the content of this report the reason why you opt for reducing the number of entities. But it appears that is the possible deregulation of certain markets in particular, wiping out the appropriate Regulatory Agency , which is behind such a partial

---

<sup>22</sup> COUNCIL OF MINISTERS of 20 January 2012 Available at: <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/240212-enlacesupervisores.htm> [Online] (Accessed 18/03/2012).

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España Telefónica España Madrid, 14 de febrero de 2012.

eclipse of these organisms. The Report stresses that this can lead to increased investment, which in turn immediate consequence activation of economic activity and employment, reducing unemployment rates and reactivating the economic cycle.

The second report, coincided almost precisely the same recommendations and the reference models of the German Federal Authority Networks and Markets Authority and the Netherlands Competition for the construction of the new Spanish model.

These documents are the genesis of various draft bills, which already generated some discussion before being presented in Parliament by the project which aimed to create a single entity to play both the roles of competition and regulation.

Then they were adding up the various reports submitted by Regulators (Telecommunications Market Commission, National Energy Commission and National Postal Sector ), National Competition Commission and the Council of State, the entire process culminating with the enactment of Law 3/2013 of 5 June, the result of an arduous legislative process, where the adoption of mechanisms in which the independence of the Commission shall ensure , in response to comments made by the European Commission on the reform , and was ordering mandatory and the transfer in full the functions and powers that held the Merged Entities , except those functions that the judgment of the Executive were administrative in nature and should be assumed or resumed by the Ministries . As we see, come together from the beginning arguments for vigorous debate.

The research is contextualized in its immediate neighborhood, and the Spanish temporal system. Hence, we must begin by examining the first approaches to the concept of Independent Directors and organizations that met certain features of such entities as they are functional and organizational independence and autonomy in exercising its functions and powers in the early eighty . Then you get to the stage where Regulators Network industries were created as a category in which it was intended to group the Commissions created product of liberalization. The creation of a single regulatory body concept, as embodied in the Sustainable Economy Act<sup>25</sup>, sought primarily to ensure organizational and functional independence of such entities , while recognizing the functions of each Committee in relation to the regulated markets , which converge in the new National Commission of Markets and Competition .

To examine critically, it is necessary to conduct a review of the model compared from two perspectives.

The first, based on the source - Independent Authorities with its features and differentiators over other administrative authorities of the state is necessary to know the experience in the United States. There will have to examine both the concept of regulation - which is far deeper than other methods of intervention - with own characters, instruments and powers, which are oriented to the imposition of covered bonds in a broad discretion and whose main objective is to ensure defense and protection of the public interest . And besides, you have to study in this

---

<sup>25</sup> LAW 2 /2011 of 4 March, Sustainable Economy . (BOE n ° 55 of March 5, 2011 ) .

context the concept of Independent Authorities, whose definition hangs over the independence of its members in the exercise of its functions, the non -governmental actors and interests, placing value on their technical expertise and attributed powers to discipline and order to the market. The sum of both reflections leads to state that differs Regulation by regulatory agencies and traditional organization with which the government acted in various economic sectors.

And a second perspective, reviewing international models which have been integrated into a single entity; know that it has done well integrating all regulators of network industries in a single organism, or making the unification into a single entity that exercises both regulatory functions such as competition . And the argument is examined and the debate generated around such mergers and indicating that while integration may lead to a decrease in regulatory capture, cost savings and provides the convenience of sharing similar criteria and methodologies , we must analyze whether there is evidence to suggest that the unifications or additions made to date have decreased Regulatory capture or sequestration or reducing costs effectively . For example, cost savings , it makes no sense to assert

which is reduced to a certain amount of computing remuneration including ... corresponding to the Commissions that were not created (eg the National Council of Audiovisual Media ) staff.

Note that the Spanish model, only refers to reducing the number of members on their governing bodies , not addresses or other units of the entity. On the other hand , the existence of uniform<sup>26</sup> criteria in regulated markets, has to be real and effective (not just theoretical ) if you want to merge their regulatory authorities , which can preach in those cases in which there is a direct relationship between them, for example, the telecommunications market in the audiovisual market , but not with the railway market or airport , for example

We are in the presence of markets that can have as a common element same organizational criteria, but they can not move to sector-specific characteristics. Indeed, each specific sector, according to their own characteristics , its configuration and determines the criteria to ensure effective competition therein<sup>27</sup>

This was the reason for the creation of uni - sectoral agencies whose purpose is to resolutely perform their duties within a specific market (Check the market , access to networks, public service obligations and guarantee of rights)<sup>28</sup> are always attending should choose the need and desirability of the same for the sector to ensure competition and the completion of other public goods.

---

<sup>26</sup> DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. "Reform of Regulatory Agencies (I): The Limits to integration. Available at: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=18939> [Online] (Accessed 05/05/2014 ) .

<sup>27</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. Regulation: Myth and Law. Stripped myth to control the operation of economic regulators. Civitas -Thomson Reuters. Navarra. 2010.

<sup>28</sup> Ibidem. Pp. 375.

The National Commission on Financial Markets and the Competition, without hesitation, constitutes a unique model in the European environment<sup>29</sup>.

The creation of an institution of this size in Spain can only lead to an increase in regulatory instability and insecurity in the markets, coupled with the preference that may be of Competition Law on regulation, in time of termination of matters within the same. What we will see in the last part of this thesis with regard to the consideration of cases in which, for the first time, the Court of Justice of the European Union had to resolve the clear conflict between Regulatory Authorities ( National ) Authority Competition (European ) and the European Commission, qualifying, if not forgotten, principles such as legitimate expectations, proportionality and subsidiarity. But the importance of such pronouncements is that comes to determine the relationship between regulation and competition law, as additional criteria in the sense of asserting that the regulation may establish and define the conditions of a market based on prospective analysis of the markets for the imposition of duties, but in cases where coverage limits provided or given leeway let the operator to adjust its business strategy and taking abuse their market position, enable the law Competition suppress behavior, reconfigure the market and serve as a safety net for the same.

The incorporation into a single unit of a single type of administrative procedure in this case characteristic punitive nature of competition law, which requires a clear separation of the functions of investigation and decision, can not be replicated or applied in respect issues that are known by the regulatory bodies, where the immediacy, complementarity, market dynamics and evolving market their true unwritten laws. It is a serious mistake. A new procedure for adjusting the required cases. Someday that will be achieved.

The integration of all agencies, can be derived as a result of homogenization in terms of performance criteria and methodologies by the new regulator<sup>30</sup> a decrease in the effectiveness of the same regulation in each of the sectors.

Clearly the desirability and the contributions that would have really checked and cross, even with practice "in situ", other compared models where convergence related sectors in the same entity has been the general trend in the rest of Europe, taking as reference the Anglo-Saxon model.

This way you could ensure legal certainty and investment purposes provided in the Act establishing the National Commission on Markets and the Competition<sup>31</sup>, the institutional

---

<sup>29</sup> COSTAS, ANTON. An Explosive Fusion. Review. El País. Available at: [http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382\\_919892.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html) [online] (accessed 09/05/2012). On this point, the President of the National Commission on Financial Markets and Competition, in his appearance before the House of Representatives, refers to the formula that incorporates the CNMC is unique, hence the interest of other regulators, primarily the Authority Dutch inspires this model, which is set to a contradiction. Session # 52 of the Congress of Deputies José María Marín Quemada appeared today, May 13, 2014 in the Committee of Economy and Competitiveness of the House of Representatives.

<sup>30</sup> DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. "Reform ... Op. cit. Pp. 2.

design does not guarantee the achievement of those objectives. Moreover, you can increase legal uncertainty, uncertainty regarding the decisions of the CNMC and lack of regulatory trend to continue, which corresponds to a model under construction, with a number of gray areas and with high costs.

The second aspect to discuss is the corresponding to increasing professionalism, independence and neutrality.

Unfortunately, in our country, the so-called generalized political class review, was the invasion of the institutions and entities that should deservedly be removed from partisan struggle, and should also have a strong technical component.

There are multiple discussion forums doctrine of the authors, review of public opinion , matching designate as evil, political penetration of entities that should have independence, in turn based on the prestige that would ultimately rest on the technical support would its members.

The so-called " Independent Agencies " as set in European law , want, on paper, in theory, respond precisely what came to be known as the " Neutral state"<sup>32</sup> . That is, certain parcels of public administration in sensitive sectors desgajarían, defined as those that are structural in nature as indispensable , require high quality delivery based on purely technical criteria , be a source of legal certainty for investors and require high motivation and justification in their decisions , especially when it comes to regulating a sector.

Surely these 'agencies' may have regulatory power, or conversely , to act ex post facto case by case. The latter is exactly the course of the Competition Authority, which in all its versions has been acting only as a decision maker and implementer through the exercise of sanctioning powers of the problems and issues presented to him. But what they did not have was a generic game that had as its mission to organize and guide a particular sector. Indeed, the Competition Authority, acting after a conduct took place, in its most typical work , which is the fight against cartels and abuse of dominant position; although it is true that in the field of mergers do have to act not only present but also looking to the future , to authorize or not a business combination transaction . But also acts even in this case, case by case , not by a general line monitor to an economic sector. Then distinguish this aspect of the " Guide " and other policy areas indicative or soft law also clearly distinct regulatory power . Note that in the so-called Law of Sustainable

---

<sup>31</sup> Explanatory Memorandum to the Act establishing the National Commission on Financial Markets and Competition. When reviewing the present system , the first element to be taken into account is something that should characterize no longer any market but all sectors of economic activity : legal certainty and institutional trust . These are achieved with clear rules , a serious institutional architecture and performance criteria known and predictable for all operators . The higher the proliferation of agencies with supervisory powers over the same activity , the stronger the risk of encountering unnecessary duplication in the control of the operator and contradictory decisions on the same matter.

<sup>32</sup> SALA ARQUER , JOSE MANUEL. "The neutral state . Contribution to the study of independent authorities . " In VVAA : Journal of Administrative Law. No. 42 , abril.junio . 1984. Pp. 401-422 .

Economy, the CNC just had to accept some and nuanced applications of it, while in contrast, typical Regulatory Authorities, entered fully into the aim of the latter Act

For its part, the " Regulatory Authorities " just remote, it is assumed in theory, of any political interference in order to make your neutral work in the service of the public interest as defined in the particular standard , have resolutely with this regulatory power , new power and different from the traditional ones that were being used by the traditional public administration.

The regulation idea from the American law clearly and precisely from its Independent Agencies - to the point that the so-called American administrative law is basically the law of these agencies - is a different power than we are accustomed.

Is the possibility of setting up a neutral body, technical, all legal -policy management - and executive and judicial, economic or a technical field. And do well by continuous monitoring of the sector, attending techniques primarily economic, justified in the pursuit of the public interest must prevail accurate and resolutely, the organization of the market in which the sector operates. Sum as the traditional regulatory power - really exerted through soft law normally raids although there a genuine regulatory powers to regular use - playing techniques<sup>33</sup>, with possibilities of conduct contrary dissuasive also be entrusted to the sanctioning authority, including resolution of conflicts between operators and even , as we shall see , an unprecedented (for now) to genuine Arbitration. All of which leads to the exercise of regulatory standards that she creates - and creates purely technical legitimacy distantly supported a democratic recognition - has a discretionary power that exceeds traditional criteria and tests to use to control discretion. This is not only because of the well-known technique discretion, but exceeding this criterion to be based on mastery of technique is not bound by its own acts exactly where regulation is concerned, the criteria may change if you can justify a serious motivation . And if the market changes - for technology , business , macro and microeconomic reasons, or the legal framework itself is a national or Community - regulatory power also changes and evolves a huge , huge, speed to adjust to change and even anticipate him, when not directly provoke .

No easily predicable legal parameters of this regulatory power if you insist on submission to the customary and traditional criteria .

And biggest test yet in the difficult task assigned to judges in cases like that have to be solved in the course of his supposedly full , power of control over regulatory power .

Because it happens that the judge should have in such cases know that at least allow him to understand the forensic evidence derived from such regulatory authorities or which are to combat such decisions and rulings . But such is the highly sophisticated technical and economic knowledge difference , also moves in a purely discretionary environment, the result is a clear asymmetry between the Judge and the Authority. Would in turn be regulated a computer support specialist permanent Judges if to minimally supervise in substance to that Authority.

---

<sup>33</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, RAMON TOMAS . "On the constitutional limits ... Op.cit . Pp 147.

We can see how, in the Court , starting with that of the Community Courts , you get to speak unabashedly of " deference" to be taken to the European Commission on these issues (and *ceteris paribus* applicable here in Spain our courts ) . So says exactly that constitute the European Judgments for this reason, the last part of the Doctoral Thesis. That " deference" is the unpardonable expression of powerlessness to control who, for reasons of asymmetric information, has a set of hardly examined on their knowledge, and you happen to be exactly the core of its daily management . That is, it is not that there is one aspect to be solved by appealing to technical criteria , but is all the ongoing activity , daily , which is permanently using this technical language , completely changing also changeable in a course as technological and economic circumstances and to serve the general interest linked to sector must shift and change in turn continuously.

Hence there that certainly talk about regulation as a power that is dissolved in a set of techniques, which mostly are only examined on their purely formal settings. The control of discretion in the exercise of this power, everything is a new challenge to the new generation of lawyers . For now, progress is primarily of a formal, such as setting limits based on the end - but whenever this purpose appears and judicial powers are eclipsed in the control of the fund - the requirement Memoirs , Reports , which can then be examined calmly to service technicians who can and should exercise that power control equipment and so on .

So we connect with one type of rules "ex ante" a given sector , in order to orient , direct distance , often with fulminant and therefore appealable decisions in practice and that, ultimately , aim to serve a general interest but hardly interchangeable materialized to a different sector .

The regulation therefore becomes absolute importance of training, experience and prestige that has each of the members of the board.

Perhaps a technique like the Portuguese Cresap serve this purpose and that's why we tell <sup>34</sup>.

It is an imposition of EU "troika " , established in the Memorandum of Understanding concluded during Portugal 's intervention to give the bailout that their accounts required , on pain of bankruptcy of the Portuguese State.

The technique is to use transparency, publicity and technical as guiding principles for the recruitment of qualified staff where needed . Very briefly , the procedure involves making a public call for any technical position - in the case of the CNMC could reach the Directors, may call themselves submitted to the Administration any party who is deemed qualified to perform such office in question. Previously , he must admit that every candidate for any position to compete between grants in advance that the whole process is public and all results are published by computer on the network, so that any observer or analyst competitor at a

---

<sup>34</sup> SORIANO GARCIA , JOSE EUGENIO and BILHIM , JOAO . "Political and Technical Rationality in the selection of senior Portuguese Public Administration and Public Management: a useful experience for Spain ." In VVAA : The Chronicle of the Social and Democratic State of Law . N °. 38, 2013. Pp. 36-52.



keystroke on your computer , access the entire procedure and all data, including where appropriate, negative ratings may suffer (thus can backfire entire process since someone publicly reproved may then find it difficult to find a equivalent) work. And the Portuguese Protection Agency data clearly recognized that if the concerned shall agree that such data are published, there is no obstacle to effectively and be known on the network remain available to all. Of course if he opposes this requirement simply does not enter into the selection process

He made twelve questions to which to respond , why the type you deserve this position , what experience you have , what success has been achieved in the sector, also your resume, system incompatibilities, earnings obtained and, finally , all which would require a Department of Human Resources when selecting staff , including relations with the public authorities .

On this basis, a score is made, a scale, and the Government intends perfectly selected public and internal , including a possible interview. Incidentally, members are mostly Cresap (three of four) of University Professors, a sign that the forgetting of Alma Mater is typical only of our country.

What is achieved and is gaining reputation , prestige, and make public to all analysts that the sectors for which the candidate has chosen are in good hands.

The system works reasonably well and has technically neutralize the policy, for a significant number of positions.

Of course, nothing to do with the appointment is done in our country in virtually any sector, and certainly not in the CNMC.

In our case , there has been a step forward , but it is certainly a political consideration , made by politicians, omniscient therefore to put it euphemistically . Because the appointment is made by the Government , as always using the usual hose " reputable people " ... Present your resume to Congress ( Commission applicable) by an absolute majority vote them ; fits the veto, but made by three -fifths of the members of Congress. With this, the submission and examination policy is political. Ensuring accurate and resolutely that has been chosen is a good ... politician who will reason be politically and conduct policy knowing the political party to which they should . Accurate and diametrically opposed to what is intended by " Neutral state"<sup>35</sup> .

---

<sup>35</sup> DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. "Reform of Regulatory Agencies (II): improvements in governance." Available at: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=18939> [Online] (Accessed 05/05/2014) . The planned appointment system does not improve the professionalism, transparency if the appearance of the Councils before the Commission of the Congress of Deputies. If there is professionalism in the limbs, as the main criterion , to proceed with his appointment , it would thus ensuring not only the independence and neutrality , but the entity and be in the presence of a neutral authority.

Therefore, the task to be performed by the entity to demonstrate their independence not only of economic agents , but to ensure its independence from the Government , which is in the hands of the professionalism of the members in decision- making based on the defense of the interests of citizens and the satisfaction of general interest; just so you can prove the independence of the entity.

To examine and provide a critical assessment of the CNMC model, it is necessary to examine its origins, see Background. No they do not understand at all what the answers change , what has changed and how to balance the legal outcome .

It has to be understood as being studied , with completeness, the entire fabric , the warp that was created ( and that was not created ) in order to proceed with the timely review and propose improvements .

Following this introduction, it is noted that discussed in the doctoral work, which we called " three phases " of the Spanish regulatory model.

The first corresponds to the birth of ancient organisms at the time of its creation some organizational supposed strangeness, but never imagined they became considered " Independent Agencies " (by the way none of them, interestingly, by the "Law governing Agencies " , which leaves not being a legislative irony may not meditated by the legislature itself).

In the first phase , the features that the Nuclear Safety Council and its evolution provides , with the particularity that is the Law that invents and distant in time the demand for appointment parliamentary majority and establishes the veto regime are discussed qualified majority of three fifths of the Congress of Deputies .

Already have certain technical regulatory powers that lead to the adoption of decisions easily controlled by a judge , let alone real-time : cripple a reactor is an issue that will not reach the courts , for the reasons explained above.

n the first phase , the features that the Nuclear Safety Council and its evolution provides , with the particularity that is the Law that invents and distant in time the demand for appointment parliamentary majority and establishes the veto regime are discussed qualified majority of three fifths of the Congress of Deputies .

Already have certain technical regulatory powers that lead to the adoption of decisions easily controlled by a judge , let alone real-time : cripple a reactor is an issue that will not reach the courts , for the reasons explained above .

Then very expensive Bodies Court examines this thesis . Thus, the Bank of Spain , the most notable institutions and focuses virtually all the powers and functions have then replicated with varying degrees of success , other agencies , whether regulatory or non . Thus, from the legislative power<sup>36</sup> , which began with his " pastoral " Circular eminent initially affected the traditional "sectoral system" special relationships within supremacy , but have expanded , first creating a "reflection effect for others " and finally , open to the exercise of powers Altas gations way ; to the powers of inspection , sanction , removal , intervention, in short, all the

---

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN y AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, JAIME. Comments on the Law of Discipline and Intervention of Credit Institutions. Foundation Fund for Economic and Social Research, Social Work of the Spanish Confederation of Savings Banks. Madrid. 1991.

discipline bank . These phase transition to the new institutional architecture of central banks ( European System of Central Banks ) , and a new profile in the European context, it has been the permanent center of gravity of the entire professional and academic reflection on what is our country a genuine Independent Authority .

Similarly, the National Securities Market Commission , excluded as everything affecting the financial system, the Sustainable Economy Act , which replicates to some extent , the above scheme is examined. But have any of the Ministry of Economy and Competitiveness , responsible for imposing penalties.

Of course, within these authorities , we include an examination, the brevity required by the case of the Data Protection Agency , which has been taking steps in the self-organization and funding. As in all other cases , we refer to the pages of our doctoral study

With some higher intensity Regulatory Agencies economies analyzed in networks as they are primarily those that have been integrated into the CNMC.

There is time to address what we say them, because even neatly , he detailed his schemes and performance in what we called " Second Step " , which is especially interesting for the above reason.

Thus the Commission 's Telecommunications Market are studied, the National Energy Commission, the National Postal Sector, and all their powers of self-organization, financial and budgetary regulations , penalties , and discipline and especially the regulatory function , which responds fairly closely to what we mentioned earlier about this item.

Here the reader will find seated all the basics that will make the subsequent review.

In what we call the " third phase " since the creation of the CNMC, we examine first the right compared to which we have already referred (German, Dutch and British, though the parliamentary opposition said in all seriousness and severity that real Spanish model was in Estonia) , and the criteria that allow timely contrast to such organizations , emphasizing, as advance, which do not correspond with any of them are extracted.

Already in chapter V, based on the " Legal Nature " of the CNMC, extensively studied the legal system and examines whether sympathizes with its institutional mission , examining some failures of the legislator , which is then further developed in the next chapter referred this Independence Agency.

The budget system, recruitment was also examined, and of course , the system of parliamentary control in appointments already mentioned . The usual technique of judicial review also mentioned, relations with the executive branch, the General State Administration and the European institutions , thus , a complete and finish its institutional position in the scheme of government is achieved public and Administrative Law.

Given the importance, crucial , Independence that the Commission, both organically and functionally have to take , devotes a large chapter VI to develop what it means.

Thus the functions (and dysfunctions ) and Council Chambers are discussed , criticizing the supposed omniscience to directors, which must be all regulated sectors and the pair become experts in competition law . Moreover, the entire complex world of relationships is included with the different Directorates of Education in each of the Sectors and Competition , specifying information problems between them and the Council which can lead to failure of this organization . And all the other organs of the Commission, its powers, functions , personnel system , in short , everything that requires a deep understanding of an institution .

It concludes that it is an immature design for uncertain where he will have done a significant personal effort to get formalized and not by solving problems that appear due to lack of legal provision, thus, for example , the strange administrative unit to afford certain resources to the Ministry , with inconsistency with what should be a genuine autonomy. Finally , it examines all its operational and organizational profile , and double check that improvisation is unfortunately even more than you would expect at first glance.

Chapter VII refers to the powers of the CNMC, with analysis of their functions, especially those relating to regulation, supervision and control. Their powers are studied , both general to issue administrative acts , as the regulatory authority , the unpublished arbitral function - which incidentally is a call to others as true today with the issuance of the Award, although it is questionable if it will be , if put into practice, the quality of " res judicata " and be a genuine "jurisdictional equivalent " to use the expression of the Constitutional Court . With slim thin thread, this function must be separated from the Conflict Resolution , which is an alternative dispute resolution mechanism , operating mode Article 107.2 of Law 30 /1992, as well as conventional termination mode Article 88 of the same Act , is already known and applied , with its specific mode from the law 15 /2007 on Protection of Competition . And it is the task of resolving disputes in the first such agencies as the CNMC , as from a third party access to the network, or margin squeeze to launch advertising campaigns, may require competitors to act this body , ending , with mandatory adjudicative techniques, such disputes. Can not be confused with the Arbitration among other reasons because it is , with full jurisdiction , considering the substance of the decision, although we have noted simultaneously find the enormous difficulties the judiciary in cases like these . Therefore, it is essential to the creation of an appropriate prompt and appropriate set of procedures within the same entity, given the diversity of functions it has. Hence it is necessary to appeal to the good regulatory practices , as may be the system of concurrent jurisdiction , as an optimal mechanism to avoid conflicting decisions in the same entity. In addition to another set of oriented limit the discretion of the regulatory authority in this case the CNMC<sup>37</sup> mechanisms

---

<sup>37</sup> DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. "Reform of Regulatory Agencies (II): Improvements ... Op cit. Pp. 2.

Also studied in depth all own performances of Competition Law, already announcing the problems and issues in your cohabitation with the regulatory technique .

The last chapter " Legal Cultures in a single authority" is performed by examining a series of cases, namely Judicial Decisions, completing a job with an applicator and practical perspective.

They serve to highlight extraordinary how Regulation and Competition, like oil and water, hardly find the alchemy that allows melt.

Proof of this is to begin with the solution of the European Union is strongly opposed to the U.S. , which , as we assume that the issue is not resolved or are expected to be soon. In North America, that the Sherman Act of 1890 and the Clayton Act of 1914, invented the top-down antitrust law, has been given primacy to the confidence in the sector regulator , so that if a Regulatory Authority takes a decision , creates a legitimate expectation in the market operator and then can not come to ignore the Competition Authority . And yet, in the European Union, beset by problems of market integration in a single European primacy to competition law is given , you have said what he said the National Regulator. Moreover, he imposes the main operator , not written or intended loads course in any business , such organization as having to ask herself the charges authorized by none other than the controller itself, a sort of Calvinistic confession to rise to himself , who neither understands nor can easily understand.

The truth is that case analysis shows that the relationship between regulation and competition are neither peaceful nor are resolved. And of course the path taken to mix a " hotchpotch " chaired by characters to be omniscient and omnipotent , does not seem to resolve as human as competitively serve and do business.

As always we have to trust in the institutions, but the institutions must become reliable. And for this stability, permanence, " or at best a slow Dagio " is the most effective way to achieve this<sup>38</sup>.

It has not been the case in regard to the creation of the CNMC. Hopefully the weather will be the instrument, perhaps the only instrument to consolidate a reform whose weaknesses and blunders so far not been able to hide from the detailed examination is done in an extensive and intense work as a doctoral thesis.

---

<sup>38</sup> This aimed to achieve by the CNMC. Hence, issued the Strategic Plan of the National Commission on Financial Markets and the Competition Available at: [http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/PlanEstrategico\\_CNMC.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/PlanEstrategico_CNMC.pdf), which seeks to maximum efficiency and better functioning of markets. This tool becomes the roadmap to develop the organization to achieve the objectives of the Act establishing the Commission building.

## **II. - OBJECTIVES**

### **-General**

1. Analyze whether the National Commission on Financial Markets and Competition (CNMC) is a model in which the Regulation and Competition are compatible and meets their primary goal to provide legal certainty to the Spanish market.
2. Review whether the National Commission on Financial Markets and Competition (CNMC) include in their work the features of Independence, Neutrality, Technical Expertise and Efficiency.
3. Verify whether the structure, functions and powers of the National Commission on Financial Markets and Competition (CNMC) fit into the regulated sectors and competition in the Spanish market.

### **- Specifics**

1. Obtain a theoretical framework related to regulation as a form of intervention; which is incorporated into the European Union in a post- liberalization of markets scenario as a reference to define the separation of management and control activities, and the creation of national regulatory authorities.
2. Define what an Independent Authority is, its main elements, powers and characteristics; hence, a comparative review of the evolution in the United States, England and France can be carried out.
3. Study how the concept of Independent Directors is incorporated in Spain pre liberalization and post liberalization with the creation of the Regulatory Commissions on the Networking Sector (Telecommunications , Postal Sector , Electricity , Gas , etc.) , in order to know the characteristics, the structure, functional and organizational independence of such committees.
4. Revise the impact of the concept of Regulatory Body as a generic category in which regulatory commissions come together through a uniform structure and mechanisms to ensure its independence.
5. Analyze the reasons which led to the creation of the National Commission on Financial Markets and Competition, including comparative experience, governmental reports and other reports from committees involved in the reform, the law-making process and how these affect the final bill passed by the courts.

6. Describe the nature, structure, organs, powers, functions and controls of the CNMC in order to contrast with the previous regime of regulators and competition authority, specifically the characteristics of neutrality and independence.

7. Determine whether Regulation and Competition are compatible within the structure of the CNMC and identify possible mechanisms of connection between them within the same agency.

### **III. - HYPOTHESIS**

**H1.** The National Commission on Financial Markets and Competition (CNMC) presents a proposal where the Regulation and Competition guarantee legal certainty to the Spanish market.

**H2.** The National Commission on Financial Markets and Competition (CNMC) meets the characteristics of an Independent Authority.

**H3.** The structure, functions and powers granted to the National Commission on Financial Markets and Competition (CNMC) is in line with the regulated sectors and competition in the Spanish market.

### **IV. - METHODOLOGY**

The thesis develops a theoretical methodology in an explanatory and discursive level. Legal problems resulting from the incorporation of an entity of the nature and characteristics of the National Commission on Financial Markets and Competition in the Spanish legal system and its impact on the market are also formulated. Grounds of the investigation are law, jurisprudence and doctrine in force in Spain and a review of the various existing models on Independent Authorities and Convergent models in order to determine their characteristics regarding the Commission studied and the relationship between Regulation and Competition as well as the problems that can derive from its application and implementation by a single entity.

From a historical perspective is possible to set temporal limits of the investigation. In the case of Spain, it is analyzed different stages that have been developed by Independent Administrations in order to clarify when the Regulatory Commissions were created. On one hand, one began the process of liberalization and the need for the separation of the functions of provision and regulation, the evolution of the concept, the problem derived by the powers that have been conferred and the mechanisms created to ensure their independence. Therefore, the core year for this research is 2011, which is the starting point of a possible reform of the regulatory bodies and their unification under a single entity where the functions of competition and sectorial regulation converged. This process ends on 5th of June 2013, in which the law

that creates the National Commission on Financial Markets and Competition is published in the Official Gazette. Yet, this does not exclude references to past events that are related to the area of study or interest. There is a review of legislation, jurisprudence, doctrine, and documents issued by the National Commission on Financial Markets and Competition in particular its Strategic Plan of the National Commission on Financial Markets and Competition; Competition and supervision of markets and efficient economic regulation ends April 2014 as this thesis is completed.

## **V. – STRUCTURE**

Research is divided into three parts. First part, it is entitled the Regulation and Independent Authorities. The development of chapters responds to the following logic: Chapter I. The Regulation as a form of intervention in which the concept of regulation and its elements are analyzed in order to carry out further review of the need and relevance of this form of state intervention and its impact on economic sectors; hence, a review of some strategic sectors is carried out, they are regulated through the National Regulatory Authorities; by the end of this chapter a similar analyzed is carried out in telecommunications, energy and postal sectors from the communitarian aspect and how the National Regulatory Authorities are created as well as powers conferred from the orbit of the law of the European Union. Chapter II is named the Independent Authorities and Comparative Model; this chapter start with its concept, legal nature and main features; then, we analyze their independence, neutrality, efficiency and technical expertise; there is a review of its functions and powers exercised as well as conducting a review of some attributions such as: Competition Policy; Executive Competition; Supervisory Skills, Surveillance and Punishment Regulatory Competition and Competition paralegal. Having defined its powers, a review of how the separation of activity regulation of other activities of the State and its implementation by the Regulatory Agencies are specified and concluded by a comparative review of models of Independent Authorities such as the U.S., the UK and France, analyzing the appearance of the figure, its evolution, its main features, controls that deal with them and their recognition within the legal system of each of these countries.

Part Two is called The Spanish regulatory model and the Regulatory Commissions before the creation of the CNMC. This part includes a single chapter. Chapter III. The three stages of the Spanish Regulatory model before the CNMC, which is divided into three stages. First Stage: The Rise of Independent Authorities in Spain by analyzing the Nuclear Safety Council, its regulatory functions, functions of proposals and reports, and autonomic functions; the Bank of Spain, its functions carried out by the Bank of Spain to ensure their independence; the National Securities Market Commission and Data Protection Agency. The second stage, in which the Regulatory Commissions are created, our study focuses on the Telecommunications Market Commission, CMT, its origin and main features such as the Policy Function, Surveillance and Monitoring Functions and Function Inspection and Punishment; the National Energy



Commission at various stages from the National Electricity System Commission ( CSEN ), the Commission of the National Electricity System ( CNSE ) and the National Energy Commission and its various faculties, regulatory, executive, supervisory, advisory and proposal; Competition issues, information gathering, investigation and sanction of Consulting and Dispute Resolution Commission Postal Sector, analyzing its evolution; the powers were attributed to the different organs of the General Administration State, up to the creation of the Commission , its functions in particular inspection and monitoring and sanctioning function. To conclude this chapter with the constitutional problems arising from the incorporation of these Committees in the Spanish legal system and questions made by the case regarding the normative and conflict resolution entrusted to such entities; and a third Stage called Sustainable Economy Act ( LES ) and its impact on regulatory bodies, where the scope of the Sustainable Economy Act is clarified and the Regulators regime, its organizational structure, incompatibilities and prohibitions on the grounds for the cessation of the position and the transparency and accountability of Regulators.

Third part, which studies the National Commission on Financial Markets and the CNMC - Integrated Regulation and Competition , which is separated into four chapters: Chapter IV Creation of the National Commission of Market and Competition (CNMC ), which discusses background, so as to a compared model inspired by comparative models, particularly the German case. The latter is studied, in which its record was reviewed as well as its mission, powers, independence and relationships that exists between the competition authority and federal agencies. As a second model of analysis, the Dutch model is reviewed, its composition and operation; the model that incorporates the UK is reviewed, pointing out the justifications for the reform, its peculiarities, the rise of tools for the Protection of Competition. Having analyzed international experience, previous studies conducted by both the government and consulting companies are reviewed; hence, the objectives, rationale of the reform, the process that took the law in the courts, and the establishment and implementation of the CNMC. This analyses ends with the existing discrepancies between the model incorporating the CNMC and the international experience.

Chapter V. Legal Nature Of The National Commission of Markets And Competition (CNMC), there is a need to analyze the nature, legal status and the independence of the National Commission on Financial Markets and Competition in order to proceed to describe the object of the Commission and whether it meets the standard of independence of Independent Administrations, in which economic and financial regime are derivate from, its contractual regime and budget, and a set of controls by the Parliament and Judges regarding their actions and relations with the other branches of government

Chapter VI. Organic and Functional Independence of CNMC, in which each and every element of the organization and operation of the new entity, in which is necessary to review the structure, analyzed its governing bodies, functions and operation of the Board of the Commission, the system provided for the appointment of its members, the regime for incompatibilities and impeachments and the grounds for removal of members; then, it analyzes

the functions of the board and the operation of the Plenary and its boards as well as the role of President and Vice-president of the National Commission on Financial Markets and the Competition, its management, appointment mechanisms, general functions of each and the role of four directions : Direction of Instruction of Competence, Direction of Instruction of Telecommunications and Audiovisual Sector, Direction of Instruction of Energy and Direction of Instruction of Transport and Postal Sector, and other bodies which belong to the committee: Secretary General of the National Commission on Financial Markets and the Competition, the Department of Promotion of Competition, the Department of Internal Control, the Organic Statute, the self-organizing Faculty of CNMC, the main techniques of internal participation, in which is necessary to specify the regime of its staff, legal aid and the transparency that should mediate the actions made by an entity.

Chapter VII. Functions and Powers. Attributions of CNMC is divided into two parts: the first part analyses the functions of the CNMC, highlighting the two groups of functions: those related to the competition, and monitoring and control functions in regulated markets, the residual clause, functions of an administrative nature that were transferred by Regulators Ministries, later to review the powers of the new Commission such as: power to issue administrative acts, regulatory powers, arbitral function, conflict resolution, and powers of inspection, request for information and sanctioning authority .

Chapter VIII. Regulation and Competition: Two legal cultures into a single entity. It is necessary to review again the Economic Regulation, its objectives and instruments of intervention, as the Competition Law does, with their respective objectives and market intervention instruments. The various aspects of the relations between regulation and competition law, hence special emphasis is carried out in the joint or concurrent application of both standards, whether or not there is a complementary nature between regulation and competition; the gray areas and the various cases of analysis for which there will be a prior definition of what is the margin reduction; this trend is analyzed in two main rulings: first, the Court of Justice of the European Union in which the relationship between the process of determining regulation and competition and the scope of powers between the Regulatory Authority and the European Commission are defined; the second case is the analysis of the joint action agreements for the acquisition of audiovisual content and marketing of pay-TV services with other communications services. This chapter ends with the new scenario in the National Commission on Financial Markets and the competition - possible mechanisms for a possible solution and settlement mechanisms against planned new model competition at the CNMC such as: assign to Direction of Competition some functions that have already been assigned to the various sectorial directions, quality of information, the creation of a system of parallel competences for the implementation of the competition rules and the casting vote.

## VI.- CONCLUSIONS

### GENERAL

The conclusions in accordance with the regulating norm of Doctoral theses have to comply to the proposed objectives, that appear in the introduction of the Doctoral Thesis.

The Thesis gives to answer to all and each one of them as next we expose:

1. The National Commission of the Markets and the Competition (in ahead CNMC), halfway form a hybrid model of Authority when locating itself between which it is a Regulating Authority and a non Regulating Authority.
2. The model of Regulating Authority corresponds to which it prevails for the sectors of network economies. And non Regulating the one corresponds to an Authority that constitutes horizontally in application of the Competition.
3. That mixed model is made as much by pure aggregation, being a mere accumulation of data coming from the previous Agencies that incorporates, in Regulation as in Competition, in addition to which it had not gotten to be created.
4. It is noncomparable a unique model with the others that the Compared Right offers; thus in Germany, it is left completely of the Regulating Agency of network (Bundesnetzagentur) the Federal Organ of Competition separated (Bundeskartellamt) not confusing nor ofuscando the panorama, when locating in different planes the vertical relations from regulation and the horizontals of competition. In Holland, the model is not finished and they are still not had therefore data, reason why it will be necessary to hope to that its process of creation culminates completely so that indeed can be compared, being officious to try that an unfinished model can serve as reference some: Finally in Great Britain, which has been united are the Authorities of Competencia (ACM) where reunify the Office of Fair TRADING and the Competition Commission, and therefore the separation stays and distances with the regulation organs. Yes there has been fusion of OFTEL with homologous Agencies of Television and Radio, which implies that like in Germany, the regime is of separation between Regulation and Competition.

In addition the attention that in any case these modifications have been made throughout several years with studies and detailed analyses, whereas in the creation of the CNMC, a drastic intervention made with a speed has practiced impropia of a reform of this caliber.

5. The normative swing that causes east change, without justifying formally but, damages the stability of the Institutions. And it can cause another change in opposite sense with unforeseeable consequences.
6. It is necessary in this work to examine all in detail and each one of the denominated Independent Agencies, only formula possible to be able to soon make a comparison with the CNMC that allows to make a consistent critic to the proposed model.
7. The origin of the reform is in two information made one by the own Administration and another one by a private consultant having like client a dominant operator. Suitable form does not seem to make a legislative modification east type of inspiration sources, specially this last one that have been followed to a great extent in the legislative development.
8. Also critical policy exists as soon as it can suppose an attitude of retort to the made appointments, hastily, in the last political moment of the previous Government, which demands to reflect on the quality of the legislation, its purposes and the form to preserve the Institutions.
9. The fusion of Organisms got to alarm seriously to the Communitarian Authorities that sent severe letters of warning forcing to maintain the separation between Rooms at least as suboptimal front to the most standardized separation as it exists in the rest of the countries.
10. The objectives of saving, efficiency, quality of the regulation, are understood merely theoretical. The saving counted on the inclusion of games that made reference including a Commissions noncreated, with which could not compute. The efficiency finally, putting in prohibition by the illegal mixture between Regulation has left and Competition and, the quality depends on the neutrality of the organ, which is far from obtaining itself as much been account of the form of appointment of Advisors, like of its rotation between Rooms, the technical dependency of the Four Directions of Investigation which they are the authentic protagonists of the reform. With the warning of which their proposals can be modified inevitably for reasons political in the Rooms and the Council.
11. The autonomy is not guaranteed, given the existence of given back competitions to the Ministries, that far from being merely ancilares, were aspects that served to complete the resolving procedures. Also, the approval of the Organic Statute of the CNMC on the part of the Government, is another negative data in the autoorganizativo order. Also the possibility of interposing administrative resources against certain acts, abounds in the same line of partial eclipse of this independence.
12. The internal procedure is dominated by the procedure sanctioning, apt for the Competition but in way some like fundamental procedure in the regulatory scope.
13. The antecedents of the CNMC indicate that a solvent existed and solid deposit of knowledge, experience and prepared personnel, who inevitably has its own lines - force, reason

why only organs in the peak with equal preparation could correctly apply the received proposals, which in way some is the case.

14. The legal security, suffers enormously when lacking a well-known and prohibitive model sure to the capture of the regulator, that can here occur in multiple occasions to the salary increased the organs of internal decision in the procedural level, being simpler the capture to this end of personal saying that of the cupola.

15. The Regulation is a power new, that mixture between prescribed power supposes, executive, sanctioning, normative and cuasi judicial, that would demand different organs from application by itself, with definitive solution in its case of such powers in its at least formal aspects by the Courts of Justice. Asymmetry between the knowledge of the Authorities of Regulation and the Judicial Power exists, which is a data to more demand a complete and not contaminated autonomy with the Right of the Competition in everything what does to the regulatory practice.

16. In compared Right they do not exist well defined the relations between Regulation and Competition existing two antithetic models, the North American and the European, giving to preference the North American to the sectorial regulator and the European to the competition organ.

17. It has been translated already in Sentences of the European Courts of Justice (Court of First Instance, Court of Justice), who have generated confusion when imposing duties to the operators nonanticipated in the norms. And consequently, within the CNMC that tension in terms will reproduce such without data nor indices exist that allow to know who will have the last word, reducing therefore the paper of the Courts of Justice which they were the calls to solve such questions and not them internal organs of the CNMC.

18. Finally, we understand that this model has little possibilities of prospering as it has been conceived, being necessary a reform in depth of the CNMC, increasing its autonomy, establishing procedures of separation between the horizontal vision of the Right of the Competition and the vertical of the Regulation.

19. As general conclusion the model is precipitated, I lack of study and previous, devoid analysis of clarity in the relations between Regulation and Competition and generator of politicalization and legal insecurity, reason why he is urgent to begin to study how to sustain it or to change it.

**PRIMERA PARTE**  
**LA REGULACIÓN Y LAS AUTORIDADES**  
**INDEPENDIENTES**

# Capítulo I

## La Regulación

---

### 1.1. LA REGULACIÓN COMO FORMA DE INTERVENCIÓN

El concepto de Regulación (Regulación Económica) se incorpora en Derecho Europeo tras el inicio del proceso liberalizador gestado en la década de los ochenta<sup>39</sup>, como un proceso de

---

<sup>39</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ-EUGENIO. *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*. Studio Albornotiana. Dirigidos por Evelio Verdera y Tuells. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, siendo necesario indicar que es el primer estudio en el Derecho Español que incorpora el concepto de desregulación. El profesor Soriano, en diversas publicaciones, puso de manifiesto cómo el origen del concepto se encontraba directamente en el “Derecho Administrativo norteamericano”, (B Schwartz...cit) ligado al desempeño de las denominadas Agencias Independientes, que constituyen la base precisamente del Derecho Administrativo en aquél gran país. La idea de constituir una base neutral de decisiones, formando así ese “Estado neutral” en que la técnica, la economía y el Derecho, constituyeran los parámetros únicos de decisión formando una cadena de raciocinios en que todo tuviera una explicación justificada alejada de la pura discrecionalidad y mucho más aún de la arbitrariedad política, era exactamente el fundamento último de una técnica que desgajaba, sin fragmentar, el Estado en sus decisiones más altamente técnicas. Se ofrecía así garantías de seguridad jurídica, de continuidad fluida y sostenida de las actividades de los privados sujetas a su vez a las decisiones administrativas por constituir unos elementos que tenían que tener un componente administrativo y no genuinamente político. En definitiva, se trataba de conseguir el interés general racionalizado, según Soriano, apartándolo de la inmediatez de la mera lucha política y del interés de los partidos. Vid SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. “*El mercado interior del gas a tenor del Derecho Comunitario. Las previsiones del Tercer Paquete Comunitario*”. En *VVAA: Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Eléctrico. Tomo II*. Directores Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel, Madrid. 2009. Pp. 1209-1274

Un cierto dominio de los técnicos, o al menos su reconocimiento, resulta así esencial, superando directamente el papel de la ideología política, con lo que, paradójicamente, se coincide desde puntos de vista diferentes políticamente. Quizás el teórico, desde la perspectiva ideológica, que construyó una cierta base para aproximar las tesis, que en Derecho llamábamos “intervencionismo versus supervisión” haya sido Anthony Giddens, tanto en sus trabajos sobre globalización (que alcanza también a las Instituciones jurídicas y resulta especialmente adecuado en el ámbito de la Unión Europea para armonizar a las propias Instituciones) como para aceptar dentro de la “Tercera Vía” una homogeneización de las ideologías políticas, lo cual, sirve para construir un “Estado neutral” en el sentido de que determinados fragmentos de la actividad administrativa han de continuar sólidamente instalados en la ejecución y desarrollo del Derecho, sea quien sea el Gobierno y Partido Político que esté en el poder en esos momentos. Si luego esto, en los países latinos dominados por la partidocracia se ha mantenido o no, ya es otra discusión. Vid GIDDENS. A *La tercera vía y sus críticos*. Editorial Taurus. 2000. Madrid

Como ha explicado el profesor Soriano, (ibídem) hoy es el Derecho comunitario el más interesado en continuar con esta técnica, ya que la Comisión, que actúa como “socio oculto número 29” utiliza la técnica de

apertura de los diferentes sectores económicos en su mayoría de veces dependientes del sector público<sup>40</sup> (este proceso fue precedido por una ardua revisión de las estructuras existentes, de la ineficacia en la prestación de los servicios y el papel del Estado Gestor y la imperiosa necesidad de garantizar una serie de servicios indispensable para la colectividad, atendiendo a su carácter de servicios de interés general<sup>41</sup>), cuyo objetivo y función era la consecución del principio de una economía abierta (donde el mercado debe garantizar la eficiencia económica) y de libre competencia (entendiendo, que, ante la ausencia de las externalidades, la

---

las Agencias, denominadas Independientes, como fórmula para conseguir disponer de Administración directa en los países miembros, a lo cual no está dispuesta a renunciar. De forma que aunque se haya perdido en parte (por la politización) el significado original, se va a mantener, contra viento y marea, la idea de regulación, como técnica al servicio de la neocentralización europea, a su vez, absolutamente necesaria en una Unión cercana a los treinta miembros ya y en fase de expansión continuada.

Sobre la misma materia, es oportuno citar a RIVERO ORTEGA, RICARDO. *Derecho Administrativo*. (cuarta edición). Marcial Pons. Madrid. 2007, quien señala: “En la terminología del Derecho Administrativo económico se asocia el concepto regulación a la liberalización de la Economía, la creación de autoridades administrativas independientes y la nítida separación de la iniciativa económica en el mercado de las decisiones pretendidamente neutrales de fijación de reglas, control de su cumplimiento y solución de los conflictos planteados en su interpretación y aplicación. Entendida de esta forma, la regulación sería el nuevo paradigma del intervencionismo público sobre la Economía, al haber asumido el protagonismo que otras épocas históricas correspondía a la planificación, al servicio público o a la empresa pública, técnicas por otro lado no desaparecidas del panorama administrativo, aunque sí hayan experimentado mutaciones en algunas de sus características.”

La “opera magna” sobre regulación, sin dudar, es la creada por el profesor Santiago Muñoz Machado quien, personalmente y como director de un impresionante Colección sobre el *Derecho de la Regulación Económica*, ha abordado todos los aspectos posibles de esta nueva función, actividad y poder administrativo. A lo largo de diez, volúmenes examina exhaustivamente y con la más alta calidad todos los ámbitos en que se proyecta este nuevo concepto, constituyéndose así esta obra en el centro de gravedad permanente de todos los estudios que puedan realizarse sobre regulación. I. *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Dirigida por: Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2009; II. *Mercado de Valores*. Dirigida por: Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz. Iustel. Madrid, 2009; III. *Sector Energético*. Tomos I y II. Dirigida por: Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel. Madrid. 2009; IV. *Telecomunicaciones*. Dirigida Por: Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Coordinada por: José Vida Fernández. Iustel. Madrid. 2009; V. *Audiovisual*. Autor: Santiago Muñoz Machado. Iustel. Madrid. 2011. VI. *Transportes*. Dirigida por: Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2010; VII. *Industria*. Autor: Vicente Álvarez García. Iustel. Madrid. 2010; VIII. *Comercio Exterior*. Dirigida por: Julio V. González García. Coordinada por: Esther López Barrero. Iustel. Madrid. 2009; IX. *Comercio Interior*. Dos Tomos. Dirigida por: Manuel Rebollo Puig. Iustel. Madrid. 2012. X. *Sistema Bancario*. Dirigida por: Santiago Muñoz Machado y Juan Manuel Vega Serrano. Coordinada Por: María José Bobes Sánchez. Iustel. Madrid. 2013.

Con anterioridad, el profesor Muñoz Machado había abordado los grandes temas en su obra *Servicio público y mercado* Vol. I, los fundamentos. Civitas. Madrid. 1998, Vol. II, las telecomunicaciones. Civitas. Madrid. 1998, Vol. III, La televisión. Civitas. Madrid. 1998 y Vol. IV, el sistema eléctrico. Civitas. Madrid. 1998.

<sup>40</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. “La Actividad de regulación”. En VVAA: *El Derecho Administrativo en el umbral del S. XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Román Martín Mateo* (coord. Francisco Sosa Wagner). Tirant lo Branch, Madrid, 2000. Pp. 1329-1349.

<sup>41</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La recepción en Europa Continental del Derecho de la Regulación de la Economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros). En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 183. Septiembre-diciembre. 2010. Pp. 205-307.



incorporación de la competencia mejora el bienestar social<sup>42</sup>) como un elemento común a todas y cada una de las política comunitarias y de la apertura de los todos los mercados en un marco coordinado y de un sistema acorde a los nuevos tiempos. De allí que la política liberalizadora se concretará no en la consecución de resultados concretos del mercado, sino en que éste fuese competitivo<sup>43</sup>.

La Regulación Económica viene a considerarse como una nueva forma de intervención en la economía<sup>44</sup>, como función<sup>45</sup> y actividad desarrollada por entidades del poder público<sup>46</sup> orientada fundamentalmente a garantizar el correcto y buen funcionamiento de los mercados, donde anteriormente se prestaban servicios en régimen de servicio público y derechos exclusivos (actividad de carácter administrativa, sometida a las reglas del Derecho Público y sujeta a la revisión por parte los Tribunales, en este caso por parte de los Jueces Contencioso Administrativo<sup>47</sup>). Cuenta con un conjunto amplio de poderes con características propias<sup>48</sup> cuya

---

<sup>42</sup> BEL I QUERALT, GEMÀ y ESTRUCH MANJÓN, ALEJANDRO. “*Liberalización, privatización, desregulación*”. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013.

<sup>43</sup> Ibídem. Pp. 175

<sup>44</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. “*La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. Quien alude a las diferentes definiciones dadas a la regulación como forma de intervención que correspondía a una forma de intervención del Estado, sin realizar distinción alguna precisando “*Más en concreto, en el ámbito del Derecho, se ha venido utilizando normalmente el término de regulación para identificar cualquier manifestación de la intervención estatal que comprenda la ordenación de un sector mediante la utilización de instrumentos jurídicos vinculantes, reglamentos, órdenes, o actos administrativos*”

<sup>45</sup> SIFONTES, DOMINGO. *Regulación Económica y Agencias Regulatorias Independientes: Una revisión de la Literatura*. “Contribuciones a la Economía”. En VVAA: *Revista académica mensual con el Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadas*. Disponible: <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm> [en línea] (Consultada 27/07/2012). En igual sentido, ver Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Documento 4. Regular en tiempos de Crisis. Mayo 2012. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012). “*Esta función es conocida con el nombre de regulación económica. Comprende competencias de elaboración y aprobación de normas, información, inspección, vigilancia, imposición de obligaciones de servicio público, resolución de controversias, aprobación de tarifas, etc.*”

<sup>46</sup> TAVARES DA SILVA, SUZANA. “*La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo*”. En VVAA: *La Regulación Económica en Especial, la Regulación Bancaria*. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Manuel Rebollo Puig (Director). Iustel. Madrid. 2012. Pp. 327-337.

<sup>47</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*El encuadre de la Regulación de la Economía en la Sistemática del Derecho Público*”. En VVAA: *Revista General de Derecho Administrativo*. 20 (2009). Pp. 1-18. Este autor viene a precisar que al ser considerada la Regulación Económica como una actividad, ésta no puede clasificarse dentro del sistema tradicional de actividades administrativas como lo son la de *policía, de fomento y de prestación como gradación del protagonismo administrativo*, que no son suficientes para explicar el porqué de la intervención en la actividad económica; la Regulación Económica asume algunos elementos de previstos dentro de la clasificación de cada actividad administrativa, pero adicionalmente cuenta con mecanismos, técnicas y elementos que hacen de ella una categoría superior, que engloba las demás actividades tradicionalmente conocidas, sumado a que el concepto de Regulación económica puede adecuarse en razón de los cambios de la sociedad y de las mismas instituciones jurídicas, de allí que fuese necesario una reordenación de la actividad administrativa y del nuevo papel del Estado como un Estado Regulador. “*La propia emergencia y generalización, con rasgos ciertamente nada precisos, de la idea de regulación, de la*

finalidad es garantizar el buen funcionamiento del mercado o en su defecto determinar las condiciones para crear mercados<sup>49</sup>, ejercidas por órganos especializados a semejanza del modelo Norteamericano y Anglosajón<sup>50</sup> como principal modelo a emular, atendiendo a que no existían en Europa experiencias en materia regulatoria y particularmente una regulación específica en sectores regulados. El modelo más próximo era la regulación bancaria<sup>51</sup>, atendiendo a la separación impuesta por parte del Derecho Europeo de separar las actividades de gestión y regulación<sup>52</sup>, quienes de manera continua realizan un seguimiento a la actividad encomendada, además de producir normas que se traducen en reglamentaciones<sup>53</sup>, unido a otras tareas como la supervisión de las actividades, del funcionamiento del mercado, la posibilidad

---

*que lo poco seguro es repito, que se trata de un actividad pública, postula una reordenación de las categorías de la actividad, máxime si la regulación llega a presentarse, simbólica pero significativamente, como el total de la actividad pública cuando se afirma, ya con cierta reiteración, que estamos en la época del Estado regulado.*

*La regulación, ciertamente, se ha extendido hasta el punto de poder abarcar el conjunto de la actividad administrativa, Una regulación, una actividad, que se diferencia y cualifica fundamentalmente por su objeto. Puede distinguirse así, ya muy claramente, dos frentes, uno encara con la regulación de riesgos y otro que aborda la regulación económica y lo servicios de interés general”.*

<sup>48</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La recepción en Europa...Op. cit. Pp. 299 y 300. La regulación económica a pesar de su carácter foráneo se convierte en el mejor instrumento para suplir el anterior entramado jurídico que era ineficiente e inadecuado para el nuevo proceso. Pero es a través de la construcción doctrinal que permite la incorporación definitiva de la regulación al Derecho Europeo, adaptándolo a sus particularidades y al propio sistema constitucional para su validez como concepto y de las nuevos elementos que este incorporaba como es la creación de las Agencias Reguladoras, las cuales analizaremos posteriormente y se reconocimiento en el entorno constitucional.

<sup>49</sup> TAVARES DA SILVA, SUZANA. “La regulación económica. Op. cit, Pp. 332. Este fenómeno puede percibirse principalmente en aquellos sectores con infraestructuras de red, donde se vio la necesidad de que los reguladores fijaran las condiciones para los nuevos agentes pudieran entrar en el mercado, porque él solo proceso de liberalización trajo consigo la competencia, sino que fue necesario la introducción de mecanismos efectivos para su generación a lo que se le denomino como precisa la autora la *regulación de dirección*, lo que posibilitó la imposición de regulaciones asimétricas entre los ya establecidos y los nuevos entrantes, la eliminación de los derechos exclusivos o posiciones económicos de ventaja, limitando de esta manera la capacidad económica de los operadores; las condiciones de acceso del mercado y la determinación de las condiciones económico-financieras de los mercados, fijando precios y tarifas.

<sup>50</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general”. En VVAA: *La Regulación Económica en Especial, la Regulación Bancaria*. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Manuel Rebollo Puig (Director). Iustel. Madrid. 2012. Pp. 37-63. Quien plantea que el concepto de Regulación cobra vital importancia en el proceso que se estaba adelantando, de allí que regulación sea considerada como un actividad ejercida por instancias públicas, especializadas, de allí que se creen agencias o autoridades reguladores, encargadas de preservar el interés general o bienes relevantes *que pudieran requerir y no resultar debidamente atendidos por la lógica del mercado.*

<sup>51</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “Origen, principios...Ibíd. Pp. 39.

<sup>52</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público I. La Formación de las Instituciones Públicas y su Sometimiento al Derecho*. 2ª ed. Iustel. Madrid. 2006.

<sup>53</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación, Externalización de actividades Administrativas y Autorregulación”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 185. Mayo-agosto (2011). Pp. 89-112. Tradicionalmente, como lo enuncia este autor la Regulación había sido entendida como una forma de disciplinar la conducta de los agentes, públicos y privados y que en suma corresponde a la *expresión de la función legislativa del Estado, complementada con la potestad reglamentaria de la Administración.*

La Regulación, por lo tanto, debe ser entendida como la esencia de las demás actuaciones administrativas, para lo cual ordena, supervisa y controla las actividades que se realizan en el mercado.

de resolver controversias del mismo y la posibilidad de imponer sanciones, entre otras<sup>54</sup>, proyectando inicialmente sus efectos sobre aquellos servicios que inicialmente era prestados por parte del Estado, a un entorno de competencia y de la configuración de un Mercado Común Europeo<sup>55</sup>. Se consideró indispensable tener un marco común de atribuciones que se enmarcarían dentro de las facultades de regulación -a pesar que no se dado una definición propia en el Derecho Europeo sobre lo que deb entenderse por regulación, pero sí precisa sus objetivos, elementos y alcance de la misma. Principalmente dentro de estos objetivos, se encontraba la eliminación del modelo existente de ordenación y gestión, lo que implicaría la separación de las funciones de regulación y gestión autoridades distintas<sup>56</sup>.

Tampoco puede considerarse la regulación, *de manera exclusiva*, como una forma determinada de supervisión o vigilancia que ejercita el Estado en la economía<sup>57</sup> superando la concepción tradicional de prestación directa de los servicios por parte del Estado<sup>58</sup>, en aquellos servicios

---

<sup>54</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*. 1ª ed. Thomson Civitas. Madrid. 2004, aludiendo a que la regulación es una función de intervención de carácter especializado, diferente a las tradicionales tareas en cabeza del Estado y de las tres ramas del poder público. “*pero, hechas las anteriores advertencias, es claro que la función de regulación, que define el modo básico de intervención pública en la economía actualmente, alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias, que se ejercitan por órganos especiales, cuyo uso ha tenido un desarrollo en los últimos años hasta alcanzar una posición caracterizadora y central nunca conocida antes. Es diferente por la naturaleza y contenido de las atribuciones que implica, por su régimen y por los órganos que las tienen atribuidas. Poco en común, por lo pronto, tienen la función reguladora con el significado que tradicionalmente el Derecho continental europeo otorga al concepto de regulación, normalmente reservado para la aprobación de normas por el legislador o por la Administración.*”

*Partiremos, pues, de una definición de la función que ahora estudiaremos para lo que nos valdremos de la propuesta por un sociólogo del Derecho. SALANICK, para quien por regulación debe entenderse <<un control prolongado y localizado, ejercitado, por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social>>”.*

<sup>55</sup> Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (Milán, 28 28-29 de junio de 1985). COM (85) 310, JUNIO DE 1985.

<sup>56</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La regulación de la economía desde el Estado Garante*”. En VVAA: *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*. Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, núm. 2. Pamplona, 2007, en igual sentido DEL GUAYO CASTIELLA, IÑIGO. “*La Regulación como económica como alternativa*”. En VAA: *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativa*. Núm. 130. Abril-Junio. 2006.

<sup>57</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “*Conferencia: Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado*”. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energías: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010, quien realiza un definición de Regulación entendida como *control estatal de sectores de la economía en lo que, tras la pertinente operación de liberalización- privatización, debe funcionar el mercado*, precisando que bajo esta fórmula cuenta con conjunto amplio de poderes como de ordenación de mercado, que lleva aparejado el control de precios y la supervisión.

<sup>58</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS-RAMÓN. “*Del Servicio Público a la Liberalización Desde 1950 Hasta Hoy*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Número. 150. Septiembre-diciembre 1999. Pp. 57-73. “*La doctrina Española de los años cincuenta refleja esta misma confusión. VILLAR PALASI se esfuerza en el número 3 de esta REVISTA en desglosar del concepto estricto de servicio público, entendido a la manera de HAURIOU como <<actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por una organización pública nomine propio o por delegación>>”.*

que se prestaban en régimen monopolio<sup>59</sup> principalmente; ello, que implica una redefinición del concepto de Servicio Público como título de intervención (lo que se entendió como una forma que sucede a la concepción y técnicas provenientes del tradicional servicio público<sup>60</sup>) y que contaba con una clara tendencia de disponer de un criterio uniforme respecto a su definición, así como inevitablemente arrastraba la existencia de elementos normativos inútiles<sup>61</sup> que afectaban la prestación de los mismos- Cuando por parte de operadores diferentes al Estado, en un entorno de competencia, comienzan a prestar su actividad, se establecen unos límites tanto formales y sustanciales y una política determinada, cuál es la de promover y defender la competencia. Por ello es indispensable la introducción de nuevas técnicas y sistemas de controles y de supervisión de las actividades de las empresas, lo que denota la superación de las anteriores formas de actuación con las que contaba el Estado<sup>62</sup>, debido al aumento de las funciones encomendadas; en especial las de vigilancia y supervisión, en consideración a los destinatarios de las nuevas disposiciones, tal como lo precisa MUÑOZ MACHADO<sup>63</sup> “la

<sup>59</sup> MALARET I GARCIA, ELISENDA. “Regulación Económica: Su Instrumentación Normativa. (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española). En VVAA: *Derecho Privado y Constitución*. (Ejemplar dedicado a: Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández) Núm. 17. Enero-Diciembre 2003. Pp. 327-360

<sup>60</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “Estudio preliminar”. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energías: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggesse (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010. Quien alude que la regulación económica, no es un concepto nuevo, sino que responde a una de las tantas formas de intervención que tiene el Estado, y que responde a conforme a la evolución de los tiempos la labor del Estado de ser un Estado prestador o aun Estado regulador. “Como ha sido resaltado con frecuencia la sustitución de la antigua normal formal-subjetiva de servicio público por la técnica regulatoria (en puridad, por otro viejo conocido, el servicio público en sentido impropio o material-objetivo, llamado por algunos “nuevo servicio público”, aunque de nuevo no tiene tanto) no constituye en realidad, por consiguiente, nada radicalmente novedoso. En este sentido, constituye también un lugar común (aunque de recordatorio no ocioso) que el Estado social tan sólo ha evolucionado en sus técnicas de sus funciones), transformándose desde un Estado prestador o gestor de servicios en un Estado regulador o, como se lo ha caracterizado en la doctrina alemana (incluso expresamente en la Ley Fundamental de Bonn mediante las reformas constitucionales de finales de los años noventa) en un Estado garantizador de servicios esenciales prestados en régimen de competencia (Gewährleistungsstaat). En definitiva, la introducción de competencia en el régimen de prestación de los servicios de interés económico general no debe ser confundido con un redimensionamiento a la baja del Estado social.”

<sup>61</sup> Estos paradigmas son superados tras la expedición de la DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuyo objetivo facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en otros Estados miembros y la libertad de prestación de servicios entre los Estados miembros. Esta Directiva también tiene como objetivo ampliar la posibilidad de elección de los destinatarios de los servicios y mejorar la calidad de tales servicios tanto para los consumidores como para las empresas usuarias de servicios.

<sup>62</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013, quien alude a que la nueva concepción del servicio público deviene por la incorporación de un nuevo límite más preciso que el interés general, sobre el giraba la concepción tradicional de servicio público, este nuevo límite corresponde al Derecho comunitario y las nuevas instituciones derivabas de él, como lo son la creación de un mercado único europeo y la preeminencia de la competencia, que era incompatible con la prestación titularidad de los servicios en cabeza del Estado.

<sup>63</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Servicio público y Mercado. Las Telecomunicaciones*. Vol. II. Civitas. Madrid. 1998.

*apertura total de los mercados desarbola las potestades que la Administración pública mantenía, estando vigente el régimen de monopolios, para la regulación y control de los operadores, la vigilancia y servicio y la garantía de los usuarios. El nuevo orden del mercado trae consigo la necesidad de nuevos principios de regulación*". Lo cual se traduce en que debe existir un entorno armonizado para la consecución de un objetivo, como es la existencia de un mercado o mercados abiertos a la competencia<sup>6465</sup>. Como lo precisa DE LA QUADRA SALCEDO<sup>66</sup>, el proceso liberalizador no implicaba la consecución nuevos objetivos, sino que coincidían con los que inicialmente fueron concebidos para ser alcanzados por los servicios públicos cuya titularidad detentaba el Estado; de allí que las Directivas Comunitarias expedidas a partir de los años 90 incorporaron para la consecución de estos objetivos obligaciones de Servicio Universal y otras obligaciones de servicio público.

La Regulación Económica<sup>67</sup> desde su incorporación al sistema normativo como una técnica de intervención<sup>68</sup> y actividad administrativa de carácter complejo y variado (sin dejar de lado componente económico<sup>6970</sup>) se enmarca dentro del conjunto de unas actividades administrativas

---

<sup>64</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. *"La recepción y desarrollo de los conceptos y... Op. cit. Pp. 361 "Este modelo de Estado prestador de servicios ha sido dismantelado en la actualidad debido a la resulta política de liberalización de los mercados fomentada por la Unión Europea. Los instrumentos de intervención estatal en la economía pasada a un nuevo modelo en el que el Estado, mediante la regulación, debe garantizar simultáneamente la libre concurrencia entre los operadores que prestan ahora los servicios liberalizados y los intereses generales de cada sector."*

<sup>65</sup> *Ibidem*. Pp. 373.

<sup>66</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *"Diez años de legislación energética en España"*. En VVAA. *Energía: Del Monopolio al Mercado. CNE, Diez años en perspectiva*. José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez (Directores). Comisión Nacional de Energía, Thomson-Civitas. Navarra. 2006. *"En el seno de la competencia en libertad se incardinan obligaciones de servicio público y, por otra parte el Estado, por la importancia de las actividades consideradas como de interés económico general – por su importancia para la comunidad – no deja, sin más, entregada la gestión de tales actividades a la dinámica del mercado sino que se erige en guardián ex ante de que esa misma competencia realmente exista y no sólo de que esa misma competencia realmente exista y no sólo de que se satisfagan exigencias de solidaridad social, que también. Guardián de que exista competencia en unas actividades tradicionalmente consideradas como monopolio natural por tratarse de actividades tradicionalmente consideradas como monopolio natural por tratarse de actividades en red"*.

<sup>67</sup> *Ibidem*. Pp. 350 y ss. Quien precisa que la regulación económica no solo cambia el modelo de la prestación en cuanto a los servicios, sino en la forma de relacionarse con los destinatarios de la regulación, precisando: *"Así, por un lado la clásica intervención estatal imperativa en la sociedad es sustituida progresivamente por fórmulas de intervención paccionadas, basadas en la cooperación y la participación de los destinatarios de la regulación; mientras que, por otro lado, la actividad prestacional del Estado en el ámbito de los tradicionales servicios públicos es sustituida por nuevas técnicas de supervisión estatal de los mercados desregulados"*

<sup>68</sup> BEL I QUERALT, GEMÀ y ESTRUCH MANJÓN, ALEJANDRO. *"Liberalización...Op.cit. Pp. 177. Citando el trabajo de MUSGRAVE, R.A. The theory of public finance, New York (NY), Mc-Graw Hill, quien en el año 1959 determinó que la intervención del Estado en la economía se debía a tres factores determinantes: a) las carencias del mercado a la hora de alcanzar los niveles de producción y empleo elevados y estables; b) la incapacidad del mercado para generar distribuciones equitativas de la renta y la riqueza y c) la aparición de asignaciones de recursos ineficientes.*

<sup>69</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. *"Regulación económica, competencia e incentivos"*. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013. Quien alude que la construcción del concepto de regulación económica responde a diferentes componentes y diferentes posturas, pero siendo la más ajusta de acuerdo con este autor la definición de A.E.Kahn, en su libro *The Economics of Regulation*.

orientadas a la obtención de unos determinados objetivos a través de unas reglas de conducta<sup>71</sup>, y de un catálogo de finalidades provenientes de los criterios tradicionales del servicio público como lo son la satisfacción de las necesidades sociales, el bienestar de los usuarios, la del mantenimiento de las condiciones de equilibrio en el mercado, y además las provenientes de la perspectiva económica de la regulación, como son la de conseguir la mayor eficiencia en los sectores objetos de regulación, lo cual se traduce en una serie de medidas como lo enuncia ESTEVE PARDO<sup>72</sup>: *precios ajustados, adecuados niveles de calidad en los productos y prestaciones, adaptación e innovación tecnológica, atención a los consumidores y usuarios*, en aras de hacer competitivos a los mercados, donde la regulación se vuelve en un alternativa en los supuestos en los que la competencia no puede concretar todos sus efectos. Por lo tanto, la regulación, no puede entenderse como un fin en sí mismo<sup>73</sup>, que acoge diferentes elementos desarrollos y consolidados del modelo Norteamericano<sup>74</sup>, adaptándolas al modelo Europeo<sup>75</sup>.

---

*Principles and Institutions*. MIT Press, 1988 que define a la regulación económica como un conjunto de prácticas que desarrolla el sector público, o se realizan por su mandato, que tienen por objeto tratar de influir en el comportamiento de los agentes económicos privados en los mercados”.

<sup>70</sup> PLAZA, CRISANTO. “Apuntes sobre la teoría económica de la regulación”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*. (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología). Nº 832, 2006. Pp. 7-23. Quien describe como a través de las diferentes teorías económicas se han estructurado las diferentes medidas regulatorias adoptadas por parte del regulador sectorial, como un ejemplo de ello podemos destacar la teoría de la contestabilidad, y de los operadores incumbentes y la forma de regularlos una vez se inició el proceso de la liberalización. Sobre este aspecto el autor precisa “La regulación en las telecomunicaciones se centró durante décadas en el control de los precios finales, ya fuera basada en la tasa interna de retorno, cuyo defecto principal era potenciar la sobreinversión y/o el sobredimensionamiento del personal de las operadoras reguladas, o la regulación por los Price-cap.

La nueva regulación ligada a la liberalización busca construir un modelo teórico que permitiera pasar de un <<monopolio natural>> a un modelo próximo a la competencia perfecta en base a unos operadores alternativos que alquilaban parte de la red al operador tradicional y pagaban costes de transacciones o interconexión por su uso, independientemente que ellos tuvieran o no partes de infraestructura”.

<sup>71</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. “La Actividad... Op. cit. Pp. 1239.

<sup>72</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de la economía... Op. cit. Pp. 27

<sup>73</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “El encuadre de la regulación económica en la sistemática del Derecho Público”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. Donde se precisa que al ser considerada como una actividad realizada por los poderes públicos, facultad que permite modificar la estructura de un mercado, la adopción de parámetros económicos para la determinación del modelo regulatorio a seguir. En particular el modelo adoptado es el modelo por y para la competencia, el cual impera desde la época de los noventa hasta la primera década del siglo XIX, cuyos objetivos era la búsqueda de la eficiencia en los mercados, la imposición de obligaciones con la finalidad de fortalecer el mercado y corregir las fallas existentes en el mismo con el fin de recrear un mercado en condiciones de competencia.

<sup>74</sup> PONCE SOLÉ, JULI. “La Calidad en el Desarrollo de la Discrecionalidad Reglamentaria: Teorías sobre la Regulación y Adopción de Buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003. Pp. 89-144. Término que se utiliza para definir la intervención de carácter administrativo sobre los servicios de interés general de titularidad privada “(public utilities sobre las que se desarrolla una economic regulation), desarrollada mediante independent Regulatory commissions, como en relación a la misma intervención en búsqueda de objetivos sociales (social regulation), desarrollada por agencias que carecen de <<blindaje>> especial que caracteriza a las anteriores commissions. En ambos casos, la regulación tiene un sentido amplio, que incluye la elaboración de reglamentos (rule-making), pero no se agota en ellos, incluyendo también actividades como la inspección o la concesión de licencias, por ejemplo”.

Lo cual no implica un ejercicio ilimitado de facultades, sino un ejercicio limitado, sujeto a diferentes prescripciones y al reconocimiento de principios tales como el de la igualdad, la transparencia y la proporcionalidad. Su incorporación como forma de intervención tenía y continua teniendo como finalidad, la reformulación de un sistema concebido para la prestación de unas actividades atribuidas a un solo titular pasando a un sistema donde múltiples agentes bajo unas mismas condiciones presten unos determinados servicios<sup>7677</sup> Y garantizándose la transparencia en las actuaciones de los agentes y la seguridad jurídica, de forma que los contratos que se suscribiesen no sufrieran modificaciones que afectaran la confianza de los inversores y manteniendo las obligaciones pactadas ante los vertiginosos cambios normativos<sup>78</sup>, pero obligando a los nuevos agentes a que los servicios se presten en condiciones de eficiencia y de calidad, permitiendo que los usuarios pudieran reclamar sus derechos ante las autoridades correspondientes -en este caso ante las Autoridades Nacionales de Reglamentación (Órganos encargados de ejercer la función de regulación de manera independiente y ajenos de los

---

<sup>75</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. *“La regulación de la economía...Op. cit. Pp. 17 y ss. Quien efectúa la distinción entre el modelo norteamericano y el modelo europeo. En el primer caso el modelo norteamericano, la regulación ha tenido como fundamento el conocimiento experto como alternativa a la intervención judicial, de allí como se precisa el autor “En cualquier caso, las exigencias reguladoras se plantean en Estados Unidos y en la Europa continental no sólo con un siglo de diferencia sino, sobre todo, en entornos completamente distintos y con motivaciones bien diversas. Allí se trataba de instancias dotadas de poderes delegados con funciones interventoras y decisorias en unas actividades en las que sólo se reconocía hasta entonces la intervención judicial y es en torno a esas instancias o agencias sobre las que se articula y se desarrolla el derecho administrativo en Norteamérica. Se extiende por tanto un concepto amplio de regulación que abarcaría el conjunto de la actividad administrativa...”*

En lo que corresponde a la Regulación en la Europa Continental, es que la regulación es entendida como una alternativa a la retirada de la gestión pública, lo que implica la pérdida de titularidad pública sobre servicios y actividades económicas de interés general.

*...“Efectivamente, en Europa, particularmente entre nosotros, la regulación se plantea como alternativa o correctivo sobre determinados servicios y actividades que estuvieron bajo la tutela y hasta la gestión directa de la Administración por concurrir un interés público que en lo sustancial permanece inalterado, e incluso acrecentado por la dependencia que tienen el conjunto de la sociedad, y también el propio desarrollo de otras muchas actividades económicas, de esos servicios básicos.”*

<sup>76</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. *“El encuadre de la regulación económica en la sistemática... Op.cit. 393. Donde la incorporación de elementos provenientes de la economía, que permitirán la definición del nuevo modelo, de las obligaciones a imponer principalmente la teoría proveniente de fallos de mercado, de economías a escala, de elasticidad de la demanda, del excedente del consumidor, la importancia de la definición de los precios, de las tarifas, de las tasas de retorno (rate of return), el uso de las infraestructuras, de barreras de entrada, instalaciones esenciales, elementos que bajo el anterior modelo legal no estaban reconocidos por ser el Estado el prestado único de los servicios..*

<sup>77</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. *“Regulación económica... Op. cit. 117. Desde la perspectiva económica en su versión más tradicional, la regulación económica viene a dar solución a los fallos del mercado, la existencia de externalidades y de bienes públicos, de sectores donde la industria cuenta con rendimientos crecientes y altos costes hundidos, actividades con problemas de eficiencia y con desviaciones en el mercado lo que impide que exista equilibrio competitivo.*

<sup>78</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ-EUGENIO. *“El mercado interior del gas a tenor del Derecho Comunitario. Las previsiones del Tercer Paquete Comunitario”... Op. cit. Pp. 1210 “Regulación y a su vez desregulación, puesto que el movimiento normativo que se ha tiene que cuidar al máximo la calidad de la regulación, evitando intervenciones incompatibles con el papel del Estado, que no es otro que el de preservar los grandes bienes públicos (seguridad jurídica y técnica, beneficio del consumidos, equidad, transparencia, responsabilidad...). Exigir claramente que se haga un análisis técnico, económico y hasta sociológico de las regulaciones, parece ahora una cuestión fundamental.”*

operadores, del legislativo y de la Administración en general)<sup>79</sup> o antes el juez<sup>80</sup> -. En síntesis la finalidad de la Regulación es la protección y satisfacción de los intereses generales a través de ciertos mecanismos tendentes a garantizar y mantener las *exigencias que imponen determinaciones y mandatos constitucionales, sobre todo en materia económica y social*<sup>81</sup>, orientando su actuación fundamentalmente hacia aquellos que no cuentan con los recursos suficientes para que puedan acceder a los nuevos servicios a un precio inferior<sup>82</sup>.

Dicha intervención regulatoria, como *garantía de las reglas del mercado*<sup>83</sup> se da a través de un conjunto de criterios objetivos, poderes y de diversos instrumentos<sup>84</sup> de carácter diversificado orientados a la búsqueda de un mercado en condiciones óptimas<sup>85</sup> y aplicable a cualquier agente. Sustrae cualquier tipo de barrera, sea ésta legal, jurídica o tecnológica existente, cuya característica fundamental es la de contar con una separación de las actividades de prestación de servicios y de la actividad de regulación. Y unido a ello, provoca el desarrollo de la competencia, basada fundamentalmente en la construcción de un mercado ajeno a cualquier tipo de monopolio, permitiendo la libertad de mercado y el incremento de la competencia<sup>86</sup> así como otorgando un nuevo papel a los operadores privados en la prestación de los servicios<sup>87</sup>. De ahí, que fuera indispensable la creación de órganos especializados<sup>88</sup> para el ejercicio de las

---

<sup>79</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*. 1ª ed....Op. cit. Pp. 1173.

<sup>80</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “Diez años de legislación. Op. cit. Pp. 317.

<sup>81</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “El encuadre de la Regulación de la Economía...Op. cit. Pp.13.

<sup>82</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “Regulación económica... Op. cit. Pp. 101.

<sup>83</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. “La Actividad... Op. cit. Pp. 1233.

<sup>84</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. “Regulación económica...Op. cit. Pp. 116. “*Dichas prácticas incluyen todas las expresiones en que estás se presenten, desde las más formales o reglamentadas (leyes o directivas y demás normas subordinadas), a las que lo son menos (recomendaciones, métodos de coordinación, acuerdos voluntarios, etc.); así como aquellas que se instrumentan a partir de proceso de co-regulación o auto-regulación autorizados por las Administraciones públicas, lo hayan sido de forma tácita o expresa*).

<sup>85</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público I. La Formación de las Instituciones Públicas y su Sometimiento al Derecho*. Segunda Edición. Iustel. Madrid. 2006, posición que reafirma en su escrito “*1. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación Económica*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008.

<sup>86</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. “*La recepción y desarrollo de los conceptos y... Op. cit. Pp. 355. “La justificación de la regulación estatal ha dado lugar a la teoría de los fallos del mercado. Según esta teoría, la existencia de fallos en los mercados (market failures) en la asignación de los recursos justifican la regulación son aquellos en los que, o bien el mercado es inexistente-monopolio-, o presenta notables deficiencias de funcionamiento –externalidades negativas, competencia ruinosa, bienes públicos, etc.- En tales caso, la intervención estatal tiene por finalidad la reconstrucción artificial del mercado, con el objeto de velar en lo posible por la restauración de la libre competencia. Esto es, se reconoce al Estado la facultad de intervenir en la vida económica mediante la regulación, pero se limitan los fines que debe perseguir la intervención estatal a la protección de la libertad del mercado y el incremento de la libre competencia. Los juristas que pretenden limitar el concepto de regulación a la regulación económica se remiten mayoritariamente a esta acepción más estricta del término.*”

<sup>87</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “Regulación económica. Op. cit. Pp. 84 y ss.

<sup>88</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado. Crisis y reforma del Sector Público*. Marcial Pons. Madrid. 1993; en igual sentido “Regulación económica y modelo de Administración: la necesaria reforma institucional”. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo*. Madrid. Civitas. 1994. Pp. 49-71, quien precisa la necesidad imperiosa de contar con organizaciones neutrales e independientes para la



funciones atribuidas, que no solo se limitaran a la expedición de normas sino que realizaran un seguimiento continuo de las actividades realizadas en el mercado<sup>89</sup> y diferentes instrumentos como la reglamentación, el dictado de actos administrativos, la imposición de sanciones, y la resolución de conflictos entre otros elementos<sup>90</sup>, superando la visión tradicional de policía administrativa que no daba explicación respecto a los nuevos títulos habilitantes, los cuales vienen a ser explicados, como indica ESTEVE PARDO<sup>91</sup>, por la regulación.

La primera etapa de la regulación económica en el Derecho continental europeo<sup>92</sup>, se caracterizó por la consecución de tres objetivos fundamentales para la incorporación de la competencia en los anteriores sectores en régimen monopolio:

1. Mejorar la eficiencia en la asignación de los recursos, de allí que se eliminaran o redujeran los derechos exclusivos, promoviendo de una distribución eficiente de los recursos<sup>93</sup>, evitando la consolidación de posiciones de dominio y que los servicios que

---

labor de regulación, sobre el particular afirmo “*Considero esencial este aspecto de la regulación: la configuración del aparato institucional encargado de estas tareas. La experiencia histórica demuestra por muy bien que se diseñe un sistema, sino se garantiza la independencia y neutralidad del que ha de aplicarlo, aquél acaba falseándose, al servicio de los intereses, siempre a corto plazo, de los políticos. Y es seguramente un error de éstos no querer renunciar a las facultades de ordenación y fijación de las condiciones económicas y técnicas en que han de desarrollarse los servicios públicos, pues este campo de actuación ofrece para ellos más motivos de desgaste que de gloria*”.

<sup>89</sup> Si bien el alcance de las funciones de las autoridades de regulación se precisaran en el capítulo posterior de este estudio, se debe indicar que estas entidades cuentan con una fuerte especialización para el ejercicio de sus funciones. Los mandatos dados en cabeza de este tipo de entidades son de diversa índole, por lo tanto, ninguna de las atribuciones reconocidas no pueden ejercidas por cualquier tipo de entidad, sino que requieren de conocimientos especializados para dar solución a los conflictos que se originen, sumado a la labor de seguimiento del mercado ya que las fallas que se originen deben ser resueltas en el menor tiempo posible.

<sup>90</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. “*El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales: Comparación de modelos*”. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energías: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.

<sup>91</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*El encuadre de la regulación económica en la sistemática...*” Op. cit. 396.

<sup>92</sup> BALADO RUIZ-GALLEGOS, MANUEL. “*Regulación y crisis económica*. En *VVAA: Unión Europea*. Una publicación realizada por Deloitte, en colaboración con CISS, 61 febrero. Pp. 40-49. Disponible en: [www.politicas-e.net/app/download/.../Deloitte.+Manuel+Balado.pdf](http://www.politicas-e.net/app/download/.../Deloitte.+Manuel+Balado.pdf) [en línea]. (Consultado 06/02/2014). La inclusión de la Regulación Económica, tuvo como finalidad la homogenización las técnicas y controles existentes sobre la economía, orientando a la consecución un mercado único europeo. Por consiguiente como afirma este autor “*El “paradigma” regulatorio no es otra cosa que la actividad de policía administrativa ejercida con un cierto enfoque diferencial. En la regulación se presupone la liberalización de un sector y la atribución de amplias funciones de supervisión y control a órganos de los que se predicen las notas de colegialidad, inamovilidad, con vocación de neutralidad política, autónomos (¿independientes?) del Gobierno, y también de los propios intereses mercantiles del sector regulado, y todo ello en aras de una gestión más ágil, eficaz y eficientes, donde el funcionamiento del mercado es la prioridad fundamental de actuación.*”

<sup>93</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ-EUGENIO. *Desregulación, Privatización....* Op. cit. Pp. 14. Señalando: *Si se privatiza un sector ha de ser eliminando todo elemento de poder monopolístico e introduciendo competencia, de forma que los particulares beneficiados por el proceso de privatización no sustituyan al Estado, que es el único.*

se ofrezcan se ofrezcan en condiciones óptimas y condiciones accesibles para los usuarios finales<sup>94</sup>.

2. Mejorar la eficiencia productiva en el contexto de la ausencia de mejoras competitivas.
3. Prevenir la “competencia excesiva” que llevaba a menudo a guerras de precios y para asegurar el acceso universal a los subsidios<sup>95</sup>.

Una vez superadas las primeras etapas de la liberalización y de la incorporación paulatina de la competencia, la regulación económica como función y forma de intervención del Estado en las actividades económicas, cambia su enfoque en atención a que su labor es la de dar solución a los fallos del mercado<sup>96</sup> en los mercados regulados<sup>97</sup>, que cuentan con regímenes jurídicos definidos, contando con tres características esenciales, como lo indica BETANCOR: i) *habilitación de importantes e intensas potestades a los reguladores*; ii) *reconocimiento de sujetos privados o públicos que son relevantes para el mercado*; y iii) *reconocimiento de sujetos privados que disfrutan, con diversa intensidad, de libertades en el mercado y para el mercado*, fallas que a través de la supervisión, la vigilancia y el control, pueden ser superadas a través de expedición de reglas que pretenden dar solución a estos inconvenientes y prevenir futuros conflictos<sup>98</sup>.

Ahora bien, tal como lo indica MONTERO PASCUAL<sup>99</sup>, el actual modelo regulatorio, una vez superada la transición de prestación directa por parte del Estado a un entorno en competencia, viene a caracterizarse por tres elementos básicos:

1. Intervención indirecta, complementaria y subsidiaria al mercado;
2. Aplicación de criterios objetivos y
3. De carácter prospectivo, lo cual se amplía con un variado conjunto de competencias, que van desde la elaboración de informes y la aprobación de normas, de recabar

---

<sup>94</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. “La recepción y desarrollo de los conceptos y... Op. cit. Pp. 356. “Con la expresión regulación económica se adjetiva la regulación en atención a su objeto- el mercado- y a sus objetivos- mejorar la eficacia económica en un mercado de libre competencia-. Con esta regulación se busca equilibrar las relaciones económicas, evitar la existencia de posiciones dominantes, y velar para que estén a disposición de los individuos, por un precio asequible, las prestaciones sociales y los servicios básicos de abastecimiento, suministro, distribución y transporte. Para ello, este tipo de regulación, entendida ahora como reglamentación, establece los precios de los servicios, los requisitos de entrada y salida en los mercados, o las zonas en las que deben operar las empresas prestadoras de tales servicios.”

<sup>95</sup> RIVERA URRUTIA, EUGENIO. “Regulación Económica y Competencia”. CEPAL- CORPROCOM-IDRC. Curso internacional sobre Aspectos Económicos y Legales de la Competencia. San José, Costa Rica 5.6.2003.

<sup>96</sup> VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO. “Reflexiones sobre la Consolidación del Estado Regulador”. En VVAA: “15 años de la regulación de telecomunicaciones en Colombia”. CRT. Bogotá. 2007. Las fallas del Mercado puede darse por diversas razones ya sean estructurales (en las que se analizan las teorías del monopolio natural, los bienes públicos, externalidades negativas), por el mismo mercado, o por las economías de escala.

<sup>97</sup> BETANCOR, ANDRÉS. *Regulación: Mito y Derecho. Desmontado el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Civitas- Thomson-Reuters. Madrid. 2010.

<sup>98</sup> STIGLER, GEORGE. *The Theory of Economic Regulation*. En VVAA: *Bell Journal of Economics*, Spring No. 2, 1971.

<sup>99</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “Regulación económica. Op. cit. Pp. 84 y ss.

información, de facultades de vigilancia, de imposición de obligaciones de servicio público, entre otras<sup>100</sup>, funciones en su mayoría encomendadas al Regulador Sectorial.

### *1. Intervención indirecta, complementaria y subsidiaria al mercado.*

El Estado deja de satisfacer de manera directa los intereses y necesidades de la colectividad, generalmente a través del monopolio, para que en un sistema de competencia los operadores privados sean los encargados de la prestación de los mismos. El papel del Estado está dirigido a verificar el cabal y oportuno cumplimiento de las prestaciones asumidas por parte de los particulares, sumadas a la imposición de otras obligaciones complementarias de servicio público.

Al establecerse un régimen de competencia, el papel de la intervención del Estado, deja de ser esencial, para convertirse en una intervención pública de carácter complementaria, al normal desarrollo de las fuerzas del mercado (oferta y demanda) que en un entorno de competencia pueden garantizar la satisfacción del interés general mediante el concurso de los particulares<sup>101</sup>.

Y por último, hay que denotar su carácter subsidiario, en el sentido que sólo se justificara la intervención pública cuando la competencia no permita satisfacer las necesidades de la colectividad y del interés general. De allí que la intervención se dé en casos o supuestos extremos y su aplicación generalizada a todos los supuestos derivaría en distorsiones en el mercado y en la competencia. Si bien su carácter es subsidiario, se entiende que una vez cumplidos los objetivos y finalidades para su aplicación se debe revisar su actuación, incluso si se modifica lo que subsidiariamente ha realizado en cuanto las medidas impuestas o se elimina, ya que una intervención tan amplia, pese a ser subsidiaria, puede derivar en una afectación del mercado y discriminar entre los competidores con obligaciones y los que no cuentan con ningún tipo de obligación<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Documento 4. *La refundición de los Reguladores*. Regular en tiempos de Crisis. Mayo 2012. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012); en igual sentido TORNOS MÁS, JOAQUIN. “La Actividad... Op. cit. Pp.1341 “Identificamos de este modo la actividad de regulación con la suma de un conjunto de actuación que encuentran su unidad en el fin perseguido, la búsqueda del equilibrio, la ordenación exclusivamente imperativa. Para regular se puede reglamentar, y, sancionar, y dictar actos ejecutorios, pero también incitar, mediar, arbitrar. Regular comporta poder normar, ejecutar y ejercer funciones cuasi-jurisdiccionales. De este modo llevamos el concepto de regulación al conjunto de competencias que puede ejercer el ente regulador. Órgano y función se construyen de este modo recíprocamente. El fenómeno de la regulación y el surgimiento de autoridades independientes se nos aparecen como dos realidades indisociables”.

<sup>101</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “Regulación económica. Op. cit. Pp. 85. “En esta misma línea, cabe afirmar que la intervención pública es complementaria al mercado. La intervención ya no excluye la dinámica de la competencia sino todo lo contrario, se limita a completar los resultados de la relación de la oferta y demanda. Tradicionalmente, la intervención pública se basaba en la incompatibilidad entre interés general y las actividades privadas. Únicamente la presencia pública podía garantizar el respeto al interés general. El nuevo modelo, por el contrario, parte de la premisa de que no existe una incompatibilidad intrínseca entre el interés general y la presencia de los particulares. La competencia puede garantizar del interés y la intervención pública únicamente resulta necesaria con carácter subsidiaria”

<sup>102</sup> *Ibíd.* Pp.102.

## 2. Aplicación de criterios objetivos.

Aunado al último aspecto al que hacíamos referencia en el punto anterior, la intervención del Estado debe basarse en la aplicación de criterios objetivos, partiendo de definiciones precisas y claras sobre el interés general, de análisis de costes y beneficios de la intervención. De ahí que sea necesario la elaboración de informes tendentes a determinar el impacto de las medidas, principalmente en la proyección en la competencia existente en el mercado. Las medidas producto de la intervención, generalmente se materializan en la imposición de una serie de obligaciones a los operadores privados, orientándolas a corregir su conducta por las distorsiones generadas o la imposición de obligaciones jurídicas en beneficio de los usuarios y de la colectividad en general. En muchos aspectos y ámbitos, podría y debería utilizarse algún sistema de baremación controlable y fiscalizable, de manera que la decisión sea racional, justificada y, desde luego, perfectamente justificable.

## 3. De carácter prospectivo.

La particularidad es que la intervención del Estado deja de ser estática tal como había sido concebida, sino que está se adecuada a las transformaciones tecnológicas que ameritan una constante adecuación, atendiendo a su ajuste a los mercados, al impacto en los mismos y dependiendo del comportamiento de los usuarios; de allí que sea necesario que la misma cuente con elementos para su actualización permanente, evitando generar alteraciones en los mercados y en el comportamiento de los agentes<sup>103</sup>.

Más allá de la labor de establecer normas y de la remoción de los obstáculos<sup>104</sup>, el papel del Estado en esta etapa se encarga de definir políticas de competencia antitrust, precedidas de una definición clara de regulación o del nuevo instrumento denominado regulación económica<sup>105</sup>, sin olvidar que la regulación tiene unas finalidades específicas, un carácter continuo sobre los mercados y tal como lo había indicado anteriormente de imposición de obligaciones jurídicas

---

<sup>103</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. “Regulación económica...Op. cit. Pp. 116. “En líneas generales, la actividad normativa (y la reguladora podría considerada como una subespecie de aquella) se caracteriza por su continuidad, entre otras razones por la conveniencia de dotar cierta estabilidad a las reglas que desde los poderes públicos se dictan para ordenar la vida en sociedad.

Ahora bien, esta justificación se ve sensiblemente debilitada en relación con la ordenación de la vida económica por numerosas razones, entre otras por su naturaleza esencialmente dinámica y cambiante el tiempo.

En estas circunstancias, resulta imprescindible que la actividad reguladora en materia económica se conciba en clave adaptativa a la realidad sobre la que trata de influir, mediante la inclusión en la misma de mecanismos automáticos o la definición de procesos ágiles de actualización. Y sin que con ello se introduzcan excesivas dosis de incertidumbre en el comportamiento de los agentes”.

<sup>104</sup> SARMIENTO, DANIEL. “La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación Económica”. En VVAA: Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. “No es casual que este proceso de apertura de los servicios públicos a las normas de libre competencia fuera acompañado de un auge del ideario liberal, unido a una crisis de la ortodoxia keynesiana. Los años noventa fueron testigos de un impresionante proceso de capitalización de los mercados resultado de privatizaciones históricas, en ámbitos tan ligados a la soberanía nacional como las telecomunicaciones, los transportes, la previsión social o la energía...”

<sup>105</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “Conferencia: Las relaciones y delimitación... Op. cit. Pp. 77.

específicas a los operadores con el fin de poder garantizar los servicios de interés general, que no se equiparan a las funciones desempeñadas por parte de las Autoridades de Defensa de la Competencia<sup>106</sup>, encargado de aplicar el Derecho de la Competencia que dispone de un carácter prohibitivo en la mayoría de veces por los comportamiento de los operadores que afectan al mercado y por consiguiente a los usuarios.

Respecto del objeto de la política competencia y las normas que se establezcan para los sectores liberalizados, el regulador debe proteger el proceso y estimular la conducta competitiva. Para ello, se requiere diseñar y aplicar los principios provenientes del derecho de la competencia que aborde principalmente las restricciones horizontales (acuerdos para fijar precios, reducir la producción, entre otros), buscando que se reduzcan los efectos anticompetitivos; un análisis de las restricciones verticales, de las prácticas colusorias entre los competidoras con el fin de restringir la competencia; de los abusos de dominio por parte de las empresas dominantes en un sector específico; de los diversos acuerdos que se pueden dar por parte de los oferentes y los distribuidores que pueden tener una incidencia en la eficiencia del mercado, efectuando un análisis de los acuerdos que sean favorables, y excluyendo los acuerdos que restrinjan el mercado<sup>107</sup>, con el fin que existan condiciones de una competencia real y por ende se puedan garantizar los derechos, tanto de los agentes como de los particulares, como fin principal del Derecho de la Competencia<sup>108</sup>.

#### 1.1.1. Necesidad y Pertinencia

Se considera que la Regulación Económica es una actividad de intervención pública en la economía<sup>109</sup>, que es desempeñada por diferentes autoridades, organismos e instancias

---

<sup>106</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “Regulación económica...Op. cit. Pp. 86. “El Derecho de la competencia tiene una naturaleza principalmente prohibitoria, destinada a impedir comportamiento y estrategias de los operadores tendentes a reducir la competencia en el mercado causando así un perjuicio a los consumidores. Sin embargo, tales normas no pueden generar una competencia que no existe mediante obligaciones positivas de hacer. Igualmente, al Derecho de la competencia le resultan ajenos objetivos públicos ajenos a la dinámica del mercado como la universalidad de los servicios de interés general”.

<sup>107</sup> MALARET I GARCIA, ELISENDA. “Regulación Económica. Op. cit. Pp. 332 y ss.

<sup>108</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “Diez años de legislación... Op cit. Pp. 318. Quien precisa que política en los sectores liberalizados entraña la búsqueda de un mercado en condiciones de competencia con fin primordial de este proceso y de la regulación que se expida para tal efecto: “Las normas, en los sectores liberalizados, entrañan una política, es decir, un objetivo abstracto y distinto al reconocimiento concreto de derechos y obligaciones a favor de los particulares. Una política en el sentido de que el establecimiento de un mercado en condiciones de competencia real y efectiva es el fin inmediato de la norma y, por otra parte, dicho mercado se supone que será el origen de una real garantía de los derechos de los particulares y de cuantos actúan en el sector de que se trate, de lo cual sería el fin último de la regulación. Esa “política”, en cuanto búsqueda directa e inmediata de un objetivo organizativo de la realidad en forma de mercado en el que sea posible una competencia lo más perfecta posible, más que definir derechos de los operadores finales de los operadores o de los ciudadanos – que también -, determina una peculiar forma de aproximarse al análisis de las normas e incluso a su elaboración”.

<sup>109</sup> MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEBVRE. Colección Sectores Regulados. I. Energía. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid. 2012. “Entendida de esta forma la regulación se está convirtiendo, según de la doctrina, en un nuevo título de **intervención pública en la economía** de carácter omnicomprensivo, que constituye un tertium genun dentro de la clásica distinción entre relaciones de sujeción o supremacía general

administrativas<sup>110</sup>, respondiendo a la regla organizativa de separación de reguladores y operadores<sup>111</sup>, (especialmente por Órganos o Autoridades Independientes), cualificadas y diferenciadas por su objeto. Su carácter de indispensable y necesaria esta dado para garantizar las finalidades previstas en el Estado Social y Democrático de Derecho<sup>112</sup>, donde se señala que debe existir una distribución efectiva de los recursos, atendiendo a las externalidades tanto positivas como negativas que esta puede derivar, (de allí nacen todas las medidas que interfieran directamente en el mercado, ya sea en la definición de precios y derechos de propiedad, o de manera indirecta alterando las decisiones de oferta y demanda de los consumidores, tras la imposición de impuestos, de subsidios y la imposición de los operadores o firmas encargadas de prestación de los servicios de interés general<sup>113</sup>).

En consecuencia, las medidas de intervención establecidas por parte del Estado son imperativas y vinculantes para todos<sup>114</sup> los agentes participantes en los mercados. Caracterizadamente para su aplicación, hay que tener en cuenta una serie de elementos técnicos-instrumentales<sup>115</sup>, ya que la regulación económica implica un proceso donde se deben determinar en primera medida la existencia de inconvenientes o de un funcionamiento inadecuado del mercado, o una imposibilidad de éste, a través de sus propios mecanismos, de poder reconfigurar el equilibrio existente. Y esto es resueltamente lo que habilita a que se intervenga por parte del regulador con la finalidad de crear un mercado a través de la imposición de obligaciones que permitan dinamizar la competencia de esta forma<sup>116</sup>. Por tanto la implantación de la política reguladora exige analizar los costes y beneficios que tendrá su intervención, respecto de otros mecanismos dentro de los cuales se incluye su no intervención y el dejar hacer por las fuerzas del mercado.

---

*y relaciones sujeción o supremacía especial (Santamaría Pastor), a través del cual se están intentando reconducir muchas de las distas formas de actuación de la Administración, hablándose ya del “Estado regulador” como de un fenómeno característico de nuestra época que está sustituyendo al “Estado gestos” o “Estado prestados” de bienes y servicios y que hasta ahora participaba directamente en el mercado, ya fuera de forma exclusiva (servicios públicos, reservas de sectores económicos al sector público) o de forma concurrente con los empresarios privados (concepto del Estado co-empresario o co-emprendedor de la doctrina italiana), al amparo art. 128.2.*

<sup>110</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “El encuadre de la regulación económica en la sistemática...Op. cit. Pp. 388 “Justamente la decidida orientación por el Derecho europeo se endereza a concentrar en la regulación la esencia misma de la intervención pública en la actividad económica, despojándola de las adherencias que, sobre todo cuando concurren componentes de gestión, pudieran derivarse de la aplicación de modelos empresariales y del régimen de derecho privado y mercantil.”

<sup>111</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “Origen, principios... Op. cit. Pp. 52-53. Regla que responde a la exigencia proveniente del Derecho Comunitario.

<sup>112</sup> RIVERO ORTEGA, RICARDO. Op. cit. Pp. 23.

<sup>113</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “I. Fundamentos e instrumentos Op. cit. Pp. 112.

<sup>114</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÉ. “La recepción y desarrollo de los conceptos y... Op. cit. Pp. 364.

<sup>115</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. “Regulación económica...Op. cit. Pp. 120 y ss.

<sup>116</sup> *Ibíd.* Pp. 120. Quien precisa que las una adecuada interacción de los objetivos, determinan un adecuado diseño de la regulación económica, para lo cual se deberán en cuenta, tal como precisa el autor, en el sentido de que debe atenderse a la intensidad y evolución en función no sólo de variables externas (el espacio, el tiempo, el estado de la tecnología, cambios en las preferencias sociales, etc.), sino también internas (carácter lineal o no de su relación y cambios en su comportamientos, singularmente en los márgenes).

Si bien las posiciones más extremas consideran que la regulación económica se debe entender como un mecanismo con el que se pretende sustituir las fuerzas del mercado, para lo cual se obtiene la información de los agentes y de esta manera se procede a semejanza de las condiciones de un mercado en condiciones competitivas, ejerciendo sin embargo poderes públicos y no como empresario<sup>117</sup>; así, como si se tratase de un modelo económico, el regulador actuaría simulando al mercado y organizando de esta manera limitaciones o restricciones de las actuaciones por parte de los agentes para lograr la búsqueda de un equilibrio entre las diversas fuerzas que interactúan en el mercado.

Pero hay otras posturas en las que se viene a considerar a la regulación económica como uno de los instrumentos más útiles con los que cuenta las autoridades públicas para intervenir, atendiendo a la amplia gama de mecanismos que se tienen para la consecución de los fines de la intervención.

Pueden destacarse los siguientes mecanismos<sup>118</sup>:

1. La definición de las condiciones de calidad.
2. El control de las condiciones de contratación, en particular el precio.
3. La imposición de obligaciones jurídicas, cuando se determine que un operador cuenta posición dominante en un mercado
4. Imposición de obligaciones para garantizar la prestación de ciertos servicios (servicio universal) o de otro tipo de obligaciones de servicio público.

La finalidad de la regulación económica como lo precisa LOPEZ-JURADO ESCRIBANO<sup>119</sup> es la consecución de 4 objetivos:

- *Garantizar que las ventajas de la competencia se proyecten sobre los usuarios finales de esos servicios;*
- *Asegurar determinadas condiciones de prestación;*
- *Hacer efectiva la competencia evitando prácticas concertadas;*
- *Evitar conductas predatorias que acaben por sepultar la competencia y hagan volver a situaciones de monopolio de facto.*

---

<sup>117</sup> MALARET I GARCIA, ELISENDA. “Regulación Económica. Op. cit. Pp. 336.

<sup>118</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. “Regulación económica...Op. cit. Pp. 137. Quien precisa que las medidas que se han utilizado por parte de la regulación económica han sido a través de dos tipos directos o indirectos. La relación que se efectúa por parte de este autor respecto a los mecanismos corresponde a los instrumentos utilizados en las primeras etapas de transición a la competencia en todos los sectores (telecomunicaciones, energético, sector postal), lo cuales en su momento fueron útiles para dinamizar los mercados. Las medidas pueden clasificarse de dos formas directa o indirecta:

a) Directa: consistente en la concesión de derechos de suministro exclusivo, limitación en el número de proveedores, establecimiento de un sistema de licencias.

b) Indirecta: Elevados coste de acceso a los mercados regulados, tratamiento diferencial entre operadores establecidos respecto a los nuevos operadores o potenciales entrantes.

<sup>119</sup> LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, FRANCISCO DE BORJA. “Agencias Administrativas Reguladoras”. En VVAA: *Administración Pública y Economía: Balance del Papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de Liberalización*. Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública: Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública. España, 2001.

Como ha sido considerado por parte de la doctrina<sup>120</sup>, la regulación económica tal como lo define DARNACUELLETA I GARDELLA<sup>121</sup>, “*es una forma de conformación, orientación y supervisión estatal de los mercados que tiene por finalidad garantizar la eficiencia económica en la prestación privada de servicios*”, siendo necesario dar solución a diversos problemas que se presentan en los sectores donde existe mercado:

a) *Evitar la consolidación de los monopolios*

La existencia de compañías dueñas de las infraestructuras o de los recursos, permiten que estos gestionen estos de la manera más convenientes para ellos<sup>122</sup>. La finalidad de la regulación es controlar este tipo de situaciones, imponiendo obligaciones en la que se permitan a los otros operadores acceder a la infraestructura, a los recursos escasos, pagando una remuneración y evitando el abuso de estas compañías por ser dueñas de estas<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup>Sobre esta materia se destacan los estudios realizados por BREYER. STEPHEN y STEWART. RICHARD. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Little, Brown and Company. Boston and Toronto. 1985.

<sup>121</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. “*La recepción y desarrollo de los conceptos y...* Op. cit. Pp. 365., en igual sentido MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*. 1ª ed... Op. cit. Pp. 1175 y ss.

<sup>122</sup> A partir de año 2002, particularmente en el sector de las telecomunicaciones, especifica en la DIRECTIVA 2002/19/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), se eliminó la autorización dada por parte del Estado para ingresar al mercado, tal como se indica en el Artículo 3º:

*Marco general de acceso e interconexión*

1. Los Estados miembros velarán por que no existan restricciones que impidan que las empresas de un mismo Estado miembro o de Estados miembros diferentes negocien entre sí acuerdos sobre mecanismos técnicos y comerciales de acceso y/o interconexión, con arreglo a la legislación comunitaria. La empresa solicitante de acceso o interconexión no necesitará estar autorizada a operar en el Estado miembro en el que se efectúe la solicitud cuando no preste servicios ni explote una red en dicho Estado miembro.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), los Estados miembros no mantendrán medidas legales o medidas administrativas que, a la hora de conceder el acceso o la interconexión, obliguen a los operadores a ofrecer condiciones distintos a empresas diferentes por servicios equivalentes, e/o impongan obligaciones que no estén relacionadas con los servicios reales de acceso e interconexión suministrados sin perjuicio de las condiciones establecidas en el anexo de la Directiva 2002/20/CE (Directiva autorización).

Anteriormente era necesario contar con las autorizaciones para ingresar al mercado, típica forma de intervención administrativa. La finalidad de la misma era verificar las condiciones de acceso y la apertura gradual a la competencia y la imposición de obligaciones a los operadores establecidos para la consolidación del mercado.

<sup>123</sup> BEL I QUERALT, GEMÀ y ESTRUCH MANJÓN, ALEJANDRO. “*Liberalización...* Op.cit. Pp. 177, que corresponde a lo que fue denominado por Stiglitz como fallo de competencia.



*b) Controlar los beneficios inesperados resultantes de cambios o alteraciones en los precios*

Las autoridades nacionales de reglamentación, deben estar atentas a los cambios que pueden darse ante los incrementos de los productos que pueden beneficiar los dueños de los grandes recursos (infraestructuras por ejemplo) y que puedan incidir en los precios, la calidad de los mismos. Para ello, las ANR pueden actuar mediante la imposición de estándares técnicos y de calidad, atendiendo a la particularidad de cada mercado, la determinación de ciertas prestaciones que deben ser garantizadas y la obligación de ciertas obligaciones de servicio universal o de otras obligaciones de servicio público<sup>124</sup>, en determinadas partes del territorio nacional bajo las mismas condiciones de precio, calidad, regularidad y seguridad.

*c) Evitar prácticas restrictivas a la competencia.*

Atendiendo a que la regulación es una actividad que implica un monitoreo permanente de los sectores reguladores, lo cual le permite verificar si existen o no las condiciones de competencia. En el supuesto de que exista una saturación de agentes participantes en el mercado, se podrán imponer medidas que limiten el ingreso al mercado, garantizar un número de competidores y que todos los agentes presten los servicios en condiciones óptimas y eficientes para los usuarios.

*d) Obtención de información*

La efectividad de las medidas que se imponen por parte del regulador está supeditada a que este organismo cuente con la suficiente información para la adopción de las decisiones; la ausencia o escasa información de los operadores prestadores de servicios o del mercado, trae consigo el establecimiento de resoluciones que no son suficientes o efectivas para la resolución de los problemas existentes en un momento determinado y que afecta las condiciones del mismo<sup>125</sup>. De ahí que se considera fundamental que los organismos regulatorios cuenten con la facultad de requerir información para la imposición de obligaciones en materia de calidad, de precios, entre otros<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. “La recepción y desarrollo de los conceptos y... Op. cit. Pp. 372. “*Dichas razones no pueden justificar, desde la perspectiva del interés general, la existencia de desigualdades desproporcionadas en los niveles de prestación de los servicios. En este sentido, la imposición de la obligación de servicio universal se considera doctrinalmente una clara manifestación del principio de responsabilidad, entre el estado y la sociedad, en la función de procura asistencial*”.

<sup>125</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. “Regulación económica... Op. cit. Pp. 122. La falta de información o la asimetría de información impide que el regulador pueda adoptar las medidas en el momento oportuno, la información que logra recabar es insuficiente para el ejercicio efectivo de la actividad reguladora.

<sup>126</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “El Acceso a la información de los operadores en los sectores regulados: el caso de los requerimientos de información de la Mercado de las Telecomunicaciones”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N° 132. Octubre-Diciembre 2006. Thomson-Civitas. Madrid.

e) *Evitar la excesiva competencia*

Cuando la competencia por las mismas condiciones de mercado impide que un número ilimitado de agentes participen en el mercado, generan la imperiosa necesidad de que se regule para que el mercado funcione en condiciones efectivas contando con un número de empresas suficientes para el mantenimiento del mismo<sup>127</sup>.

Para alcanzar los fines anteriormente descritos la regulación económica ha utilizado la técnica de la triple separación<sup>128</sup>, que se ha replicado en cada uno de los sectores regulados y que se ve reflejado en cada uno de los instrumentos normativos aprobados en sede Europea, como en las legislaciones nacionales:

- a) Separación entre los servicios y las infraestructuras: Generalmente los mercados regulados como el de energía, telecomunicaciones y sector postal, se caracterizan por ser sectores que dependen de la utilización de infraestructuras en red, que fueron construidas por un solo operador que puede ostentar la calidad de propietario o titular de la misma. A efectos de garantizar la libre competencia, se separaron la titularidad de las infraestructuras de red y se permite a todos los operadores el derecho al libre acceso a dichas infraestructuras en condiciones de igualdad y no discriminación.
- b) Separación de las actividades de regulación y gestión: De manera conjunta con la separación de la separación de infraestructuras y de los servicios, se consagró como una de las técnicas de la regulación económica la separación de las actividades libres y de las actividades reguladas<sup>129</sup>.
- c) Separación de organismos reguladores y operadores de mercado. Lo que se busca que no confluyan en un mismo agente la prestación del servicio y la determinación de las reglas aplicables para el mercado y los demás competidores, para lo cual se consideró indispensable que para las tareas de regulación se crearan órganos especializados ajenos a los interés tanto de la Administración como de los operadores para la determinación de los criterios aplicables a cada sector regulado, con unas particularidades propias a la que haremos referencia a lo largo de esta tesis doctoral.

Además de los aspectos precisados anteriormente, la Regulación Económica se orienta fundamentalmente en la búsqueda de un equilibrio, como lo precisa TORNOS MAS<sup>130</sup>, de los intereses generales y los principios y valores en los que se enmarcaran las actuaciones de los agentes tanto públicos como privados; de ahí que la regulación se oriente a que el mercado

---

<sup>127</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*. 1ª ed... Op. cit. 1176.

<sup>128</sup> MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEBVRE. *Colección Sectores Regulados. I. Energía*...Op. cit. Pp. 9-10.

<sup>129</sup> *Ibíd.* Pp. 10. La prestación de diversas actividades por parte por parte de un mismo grupo, pueden afectar las condiciones de competencia, para lo cual se han establecidos diferentes mecanismos tendentes a evitar medias de corrección para evitar las subvenciones cruzadas, para lo cual se establecen como mecanismos la separación contable, funcional y jurídica de las estructuras empresariales (prohibición de integración vertical).

<sup>130</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. *“La Actividad*...Op. cit. Pp.1341

funcione correctamente, y que los derechos se vean afectados lo menor posible<sup>131</sup>, siendo indispensable su carácter continuo y el seguimiento de la actividad que se regule.

#### 1.1.2. Incidencia en los Sectores Económicos

La premisa de la que se debe partir es que la Regulación Económica es entendida como un conjunto de normas y reglas determinadas para ser aplicadas en un sector económico<sup>132</sup> y no la realización de actividades materiales (entendidas como una prestación u operación de servicios), teniendo como objetivo el cumplimiento de las políticas sectoriales y de las políticas comunitarias cuyo objetivo es unificar a los sectores específicos (telecomunicaciones, energía, gas, sector postal, etc.)<sup>133</sup>, ya sean estas comunitarias o nacionales, cuya finalidad es dinamizar y hacer más competitivos los mercados. Esta es la explicación de que las disposiciones que ella incorpore tienen como propósito dar una solución a las diversas problemáticas imperantes, en aras de garantizar la competencia y de anticiparse a situaciones en las que ésta puede verse afectada.

La incidencia la regulación económica en cada sector, está dada por los entes encargados de garantizar la efectividad de las medidas en el ámbito de los servicios económicos de interés general<sup>134</sup>, los cuales deben establecer un régimen general<sup>135</sup>, en que se señalen los derechos y deberes atribuidos de los agentes participantes, sean estos los operadores, autoridades u órganos

---

<sup>131</sup> Ibíd. Pp. 1341. “En definitiva, el concepto de regulación nos remite a un tipo de actuación administrativa caracterizado por su fin, la búsqueda del equilibrio, y por la importancia del caso concreto frente a la aplicación abstracta de la norma general. Actividad reguladora que puede llevarse a cabo a través de técnicas de diverso signo. El reglamento, la autorización y la sanción, pero también y de forma principal, el informe, la propuesta, la mediación, el arbitraje, el convenio.”

<sup>132</sup> ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS. “Comentarios a los artículos 20. Publicidad de las actuaciones de los organismos, 21 Control parlamentario y 22 Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores”. En VVAA: Economía Sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES). Director Jesús Banegas Núñez. Civitas Thomson Reuters. Madrid. 2010.

<sup>133</sup> SARMIENTO, DANIEL. “La recepción en el Derecho de la Unión Europea...Op. cit. 251. “Los esfuerzos de las Instituciones europeas se han volcado en este fenómeno, elaborando a tal fin dos técnicas legislativas: la integración positiva, basada en la actuación legislativa y en la aprobación de normas comunes para armonizar o unificar sectores específicos o generales, y en la integración negativa, centrada en un conjunto de prohibiciones dirigidas al poder público y privado, cuya resolución, caso a caso, contribuye a solucionar situaciones individuales que luego tienen un efecto de spill-over sobre la generalidad. Dependiendo de la técnica empleada, los poderes públicos nacionales cuentan con mayores o menores márgenes de actuación, no sólo para regular la realidad social, sino también aquellos sectores económicamente relevantes...”

<sup>134</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. “La recepción y desarrollo de los conceptos y... Op. cit. Pp. 366. Destacando que el modelo adoptado en el entorno europeo responde a los mismos criterios previstos en el sistema norteamericano donde se ha apelado a la experiencia y conocimiento de las personas que son designadas para el ejercicio de las atribuciones asignadas, con independencia de las demás entidades del Estado y la neutralidad de sus decisiones.

<sup>135</sup> Por lo tanto y de acuerdo con la nueva reformulación del concepto de la Regulación Económica, es considerada como un mecanismo de mercado tendente a que exista una asignación efectiva de los recursos y los procesos de toma de decisiones de consumidores y firmas a través de las instituciones reguladores, sin dejar de lado que la regulación, busca remover los obstáculos regulatorios para mejorar la asignación y el uso de los recursos y construir un régimen regulatorio moderno.

administrativas y usuarios. Dicho régimen debe contener unas reglas y principios claros, precisos y perdurables, de carácter previsible, con el fin de que todas las actividades y contratos que se realicen se generen bajo la confianza y la seguridad jurídica de que no existirán modificaciones intempestivas que afecten el normal desarrollo de las estipulaciones pactadas, lo que se traduce en que éstos puedan asumir el riesgo normal u ordinario de los mercados, en un ambiente de certeza, de certidumbre y claridad<sup>136</sup>, y que éstas sean notificadas con el fin de su incorporación dentro de estructura empresarial. Todas las reglas que se expiden por parte de las Agencias no son perdurables en el tiempo, o cuentan con la característica de dar solución a todos y cada uno de los conflictos que se originen en el sector, sino que son disposiciones se adecúan a las necesidades sociales y a los cambios dados en ámbito tecnológico. De ahí su carácter prospectivo y dinámico<sup>137</sup>.

Es así que las medidas tendentes a la imposición de obligaciones o el levantamiento de las mismas, la determinación de operadores con posición de dominio, o las autorizaciones para el acceso a determinados elementos esenciales para la prestación de un servicio, se constituyen en los principales problemas que deben ser resueltos por los reguladores, a efectos de que las medidas que se impongan respondan a la consecución de los objetivos planteados y la defensa del interés general<sup>138139</sup>.

El nuevo sistema y los efectos de la regulación económica pueden resumirse siguiendo lo indicado por DE LA QUADRA SALCEDO<sup>140</sup>, como una actividad del Estado cuya finalidad es

---

<sup>136</sup> VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. “Estabilidad regulatoria”. Informes. Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Documento 4. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012). “La versión jurídico-formal de estabilidad es su equiparación con el principio de seguridad jurídica, esto es, certeza sobre el ordenamiento aplicable, previsibilidad de la actuación del poder público y obligación del poder normativo de promover certidumbre y claridad. No se trata, sin embargo, de principios idénticos, porque la regulación incluye medidas normativas- ámbito de la seguridad jurídica-, pero también otras administrativas y ejecutivas.”

<sup>137</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. “Regulación económica...Op. cit. Pp.123.”*De igual modo, la aplicación de la política reguladora no está exenta de errores de diseño, de percepción de la realidad sobre la que se pretende influir o asociados a la anticipación de sus efectos, entre otros. De todo ello se deriva la necesidad de mantener permanentemente activado el progreso de revisión durante todo el tiempo en que aquélla se mantenga activa y, naturalmente, que del mismo se deriven, en caso de que se estime necesario, las consecuencias reformadoras oportunas”.*

<sup>138</sup> La primera etapa de la regulación económica se caracterizó por determinar las reglas de ingreso de los nuevos operadores, para lo cual se determinaron las condiciones de acceso, las obligaciones y condiciones para los que se encontraban establecidos en el mercado. En cuanto el papel del Estado, deja ser una labor de carácter prestacional a una labor de intervención, cuya finalidad es que todos los servicios se presten en condiciones de eficiencia.

<sup>139</sup> DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. “La recepción y desarrollo de los conceptos y... Op. cit. Pp. 368. “Sin embargo, la doctrina alemana considera que la regulación también sirve a la persecución de otros fines extra-económicos y, en concreto, se considera mayoritariamente que la regulación también por finalidad garantizar el cumplimiento de la función de procura asistencial en los sectores privatizados...”

<sup>140</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “Diez años de legislación... Op. cit. 329. “El Estado regulado, o la re-regulación que acompaña a los procesos de liberalización, no suprimen la intervención del estado, pero lo hacen cambiando radicalmente el sentido tradicional de tal intervención. El Estado regulador no trata en principio de sustituir a nadie ni de reservarse en monopolio el contenido típico de la actividad económica de que se trate, al contrario: lo que trata es de que los viejos monopolios legales no sean sustituidos por monopolios de facto o por situaciones de dominio del mercado por una o varias empresas que

garantizar la prestación de unos servicios en un entorno competitivo y de la existencia de las empresas en un mercado creado para tal, buscando la consecución de una serie de objetivos de carácter social que se enmarcan dentro del Estado Social de Derecho y la seguridad que debe imperar en el mercado.

### 1.1.3. Algunos Sectores Estratégicos para Regular las Autoridades Nacionales de Reglamentación

El proceso de liberalización se centró en que aquellos servicios públicos que se presentaban en régimen de monopolio<sup>141</sup> fuese natural o legal o lo que se le ha denominado como sectores estratégicos para la colectividad, prestados en su mayoría prestado en red (como lo son las telecomunicaciones, energía, el transporte ferroviario, sector postal, como principales sectores) y que para ingreso de nuevos operadores era necesario su apertura mediante o disposición de las mismas<sup>142</sup>, para lo cual fue indispensable contar con diferentes estudios y documentos sometidos a consideración de los Estados y de los operadores, con el fin de adoptar las políticas en torno a cada uno de ellos, reflejadas en las Directivas, Recomendaciones y Comunicaciones proferidas desde principios de los años noventa, las cuales pretendieron dar criterios comunes a todos los países respecto a la ordenación de los mercados; lo que implica un largo período de elaboración de estos documentos, por la restricción de regular cada sector por cada Estado<sup>143</sup>, todos orientados a la existencia de la competencia, para lo cual era necesario que el papel de los poderes públicos cambiara, como señala BACIGALUPO<sup>144</sup> indicando, *la competencia no suele ser una realidad espontánea, sino, bien al contrario, una realidad que los poderes que los*

---

*ejercen poder de mercado. El Estado regulador – interviene – y lo suele hacer con mucha intensidad -, pero lo hace justamente para que haya mercado y competencia, aparte de con otros objetivos y finalidades de seguridad o solidaridad social”.*

<sup>141</sup> BEL I QUERALT, GERMA; CALZADA, JOAN y FAGEDA, XAVIER. “Liberalización y competencia en España. ¿dónde estamos?”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 829, 2006 (Ejemplar dedicado a: *Productividad y competitividad de la economía española*). Pp. 123-144

<sup>142</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “El encuadre de la regulación económica en la sistemática... Op.cit. 402. Donde se precisa el ¿por qué? del modelo escogido respecto a estos servicios en red destacándose los sectores de Telecomunicaciones, la Energía y Sector Postal principalmente o con limitaciones por contar con bienes escasos, sobre el particular se precisa “El segundo escenario es el que enmarca a sectores que concurren unas características muy marcadas. Es el caso de los sectores que presentan limitaciones congénitas para la operatividad de los mecanismos del mercado – como pueden ser las actividades o servicios que se prestan en red y que requiere por lo tanto del acceso o disposición de redes por los operadores -, también pueden integrarse aquí los sectores que tiene una significación pública aunque formalmente se presenten como mercados - es el caso significativo del agua o del suelo-, los que tienen un mercado componente prestacional para cubrir exigencias básicas e irrenunciables de las sociedad y la economía como pueda ser l sector de la energía o del transporte, o los sectores que requieren de un especial control o protección, como puedan ser los mercados de valores.”

<sup>143</sup> SARMIENTO, DANIEL. “La recepción en el Derecho de la Unión Europea...Op. cit. 252. “Las ventajas de las unificación saltan a la vista, pues logran que una disposición intervengan un segmento de mercado con criterios comunes en todos los Estados miembros, cuya capacidad de ordenación queda suspendida o, cuando menos, fuertemente mermada. Sin embargo, esta técnica presupone una voluntad política considerable por parte de quienes van a perder dicha capacidad reguladora, los Estados miembros, lo que suele desembarcar en iniciativas frustradas o textos sumamente ambiguos o indeterminados, como consecuencia de la búsqueda de consensos entre todos los actores estatales.”

<sup>144</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “Estudio preliminar”. En: *Cuestiones...Op. cit.* Pp. 17.

*poderes públicos están llamados no ya sólo a garantizar y defender (función ex post que cumple con carácter general el Derecho de la competencia) sino incluso a propiciar ex ante, y muchas veces ex novo, a través precisamente de la regulación del mercado.*

Las anteriores consideraciones conducen a que la política comunitaria se orienta e a la creación de un marco común, aplicable a todos los países, encargados de transponer las Directivas e incorporar los criterios mínimos en cada legislación sectorial que deriva en seguridad para los participantes en los sectores, lo que se traduce en que exista una regulación para la competencia, es decir de carácter preventivo orientada a la creación de mercados donde no existían y donde fue necesario la creación de ciertas condiciones, en búsqueda de garantizar el interés general<sup>145</sup>.

La tendencia armonizadora, implicó también la unificación de los servicios liberalizados bajo la denominación de Servicios y Actividades de Interés General<sup>146</sup> introducido a través del Tratado de Ámsterdam de 1997<sup>147</sup> (como un concepto en que se agrupara de algún modo la categoría tradicional de servicio público que no había sido incorporado en el Tratado de la Unión Europea, al no ser considerado como un concepto general y del objetivo fundamental como era la creación de un mercado común<sup>148</sup>, lo que implicaba la eliminación de los monopolios nacionales, del sistema de ayudas públicas y de posiciones de dominio, fuesen jurídicas o de hecho, para la consecución de un mercado en libre competencia), como un nuevo concepto capilar para entender la política liberalizadora y la consolidación de los mercados

---

<sup>145</sup> Ibíd. Pp. 17.

<sup>146</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. GREEN PAPER ON SERVICES OF GENERAL INTEREST. Brussels, 21.5.2003 COM(2003) 270 final

<sup>147</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS-RAMÓN *“Del Servicio Público a la Liberalización...”* Op. cit. Pp. 64. El artículo 90. 2 del Tratado, vino a precisar que *“las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedará sometidas a la normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”*. La norma configura una nueva categoría jurídica, orientada a la concesión del Mercado Común en un entorno competitivo y de la satisfacción del interés general, a través de una regulación generalizada a todos los Estados, de carácter continuó e ininterrumpida para garantizar de esta forma la satisfacción de las necesidades generales.

<sup>148</sup> Ibíd. Pp. 63 y ss. *“La expresión servicio público brilla, como es sabido, por su ausencia en el Tratado de la Unión Europea (y en sus versiones precedentes; con la única excepción del art. 77- hoy 73-, relativo a los transportes). No tiene por qué sorprendernos esta ausencia porque el concepto no es general, sino privativo de algunos Estados miembros, que han canalizado a lo largo de la historia preferentemente (aunque no exclusivamente, como ya hemos visto) por la vía de la publicatio formal de algunas actividades su respuesta a un problema que sí es general y común a todos ellos, cubrir la distancia existente entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo, y que los demás han salvado por la vía alternativa de la regulación de las actividades en cuestión.*

*La Comunidad Europea tenía que utilizar, por lo tanto, necesariamente una terminología diferente capaz de comprender esas dos tradiciones (más que sensibilidades, que en este punto no hay diferencia) distintas. Y tenía que hacerlo, como es natural, en la línea de su propia lógica, que fue desde la primera hora de la libertad, entendida ésta no en sentido ideológico, lo que no hubiera sino posible en el momento fundacional del Mercado Común supuestas las diferencias políticas existentes entre los Estados- y los Gobiernos-fundadores, ni necesario tampoco en razón de los limitados objetivos perseguidos, sino en un sentido estrictamente funcional, como presupuesto estructural de ese mercado más amplio que pretendía construirse”*.

interiores de las telecomunicaciones, energía, gas, sector postal<sup>149</sup>. Pero se haría contando con criterios análogos a los del servicio público como lo señala VILLAR ROJAS<sup>150</sup>, donde el regulador establece las reglas de juego y determina o condiciones todas las decisiones empresariales, los cambios regulatorios deben quedar garantizados; sumado al reconocimiento que se le da a la libre competencia, precisando que no puede ser entendida como una política más a ser desarrollada por la Comunidad Europea, sino que la misma a partir de su incorporación en el Tratado, debe ser entendida como un criterio que orienta tanto las políticas como las acciones comunitarias.

Es tal la relevancia del concepto de Servicios Económicos de Interés General (entendidos como servicios de mercado, que por su importancia y por razones de interés general, están sujetos a ciertas obligaciones de servicio público<sup>151</sup>), que como producto de las modificaciones

---

<sup>149</sup> Pero tal vez la definición más aceptada de lo que debe entenderse como servicios económicos de interés general, se puede encontrar en la COM (2007) 725 de 20 de noviembre de 2007. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y EL COMITÉ DE LAS REGIONES «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» *Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo*. En dicho documento se efectúa una distinción entre servicios no económicos como servicios económicos, sobre estos últimos se sirve precisar: “Los servicios de interés general abarcan una amplia gama de actividades, que va desde las grandes industrias de red como la energía, las telecomunicaciones, el transporte, la retransmisión audiovisual y los servicios postales, a la educación, el suministro de agua, la gestión de los residuos, la salud y los servicios sociales. Estos servicios son esenciales para la vida cotidiana de los ciudadanos y las empresas, y reflejan el modelo de sociedad europeo.

*Desempeñan un papel importante en cuanto a asegurar la cohesión social, económica y territorial de toda la Unión y son vitales para el desarrollo sostenible de la UE en términos de mayores niveles de empleo, inclusión social, crecimiento económico y calidad medioambiental.*

*Aunque su alcance y organización varíen perceptiblemente según la historia y cultura de la intervención estatal, los servicios generales pueden definirse como los servicios, tanto económicos como no económicos, que los poderes públicos clasifican de interés general y someten a obligaciones específicas de servicio público. Ello significa que es esencialmente responsabilidad de los poderes públicos, al nivel que corresponda, decidir la naturaleza y el alcance de un servicio de interés general. Los poderes públicos pueden decidir ofrecer los servicios propiamente dichos o encomendarlos a otras entidades, que pueden ser públicas o privadas, y actuar por motivos lucrativos o por motivos no lucrativos.”*

<sup>150</sup> VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. “Estabilidad...Op. cit. Pp. 29.

<sup>151</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. 1ª ed. Thomson Civitas. Madrid. 2004. Pp. 1138. Es en la Comunicación de la Comisión sobre “Los Servicios de Interés General en Europa”, donde se viene a clarificar los diferentes conceptos que se desprenden de la categoría general de Servicios de Interés General. Tal como lo precisa el autor, la cita comunicación clasifica cuatro grandes categorías a saber: 1. Servicios de Interés General; 2. Servicios de interés económico general; 3. Servicio Público y 4. Servicio Universal. “En primer lugar, <<servicios de interés general>> son todos los que los poderes públicos consideran que reúnen tal interés e imponen, por ello, obligaciones de servicio público, pueden ser servicios que operen en el mercado o fuera de él. Segundo, <<servicios de interés económico general>> que es el concepto que se utiliza el artículo 86 Tratado CE: son servicios de mercado a los que, por razones de interés general, se imponen concretas obligaciones de servicio público. Tercero, <<servicio público>>, que es el concepto más amplio e impreciso de todos: unas veces tiene sentido orgánico (el organismo que preste el servicio), otras funcional (designa la función de interés general atribuida al organismo, y a veces designa misiones de relevancia general impuestas por las autoridades públicas a algunas empresas (en este sentido los servicios de interés general o los servicios de interés económico general antes mencionados). En cuarto, lugar, el <<servicio universal>>, noción empleada en el marco de los procesos de liberalización, como complemento de los mismos, para garantizar la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores.

introducidas en el Tratado de Lisboa, se considera que éste constituye un verdadero principio, tal como se indica en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>152153</sup> art. 14 y 106 sirviendo de guía de interpretación para las demás normas europeas y sumado a lo consagrado en el Protocolo 26 dedicado a estos servicios<sup>154</sup>, donde a juicio de la doctrina se realiza una distinción entre los Servicios de Interés Económico General<sup>155</sup> y los Servicios de Interés

---

*La Comisión los define como <<el conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible>>.*

<sup>152</sup> Artículo 14. (antiguo artículo 16 TCE)

*Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93,106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respecto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.*

<sup>153</sup> Artículo 106. (antiguo artículo 86 TCE)....

*2 Las empresas encargadas d la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.*

<sup>154</sup> Artículo 1. Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular:

- *el papel esencial y la amplia capacidad de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios;*
- *la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que puedan resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales*
- *un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los Usuarios.*

<sup>155</sup> En el seno de la Unión Europea ha definido los servicios de interés general y su reconocimiento en la Unión Europea, en los siguientes términos:

*Los servicios de interés general agrupan a los servicios comerciales y no comerciales sujetos a determinadas obligaciones de servicio público, debido sobre todo al interés general al que sirven.*

*Los Servicios de Interés Económico General (SIEG) constituyen una subcategoría y agrupan esencialmente a servicios comerciales. Estos servicios también responden a obligaciones de servicio público y, en este sentido, pueden derogar ciertas normas europeas, sobre todo en materia de competencia. Se trata, por ejemplo, de los servicios en el ámbito de la energía, los transportes o las telecomunicaciones.*

*De este modo, el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la UE señala que las empresas encargadas de la gestión de SIEG están sujetas al Derecho europeo solo en la medida en que tales normas no fracasen en la misión específica que deben cumplir.*

#### **RECONOCIMIENTO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL EN LA UE**

*El reconocimiento de los servicios de interés general en la UE es complejo dado que los modos de gestión de dichos servicios varían considerablemente según las tradiciones de los Estados miembros. Así pues, durante mucho tiempo la UE se ha limitado a considerar a los SIEG desde el punto de vista del derecho de la competencia; por ejemplo, reconociendo que la aplicación de los SIEG podía derogar las normas de libre competencia.*



General<sup>156</sup>, siendo necesario precisar que el Tratado no incorpora una definición sobre estas clases de servicios<sup>157</sup>, pero sí precisa su alcance transversal a todos los sectores y se asegura su efectividad. De ahí que todos los Estados Miembros de la Unión tengan como obligación velar porque estos servicios actúen con arreglo a una serie de principios y condiciones<sup>158</sup>, atendiendo a que su creación es de carácter europeo, lo que implica una transformación de la concepción tradicional de servicio público y el reconocimiento de obligaciones de servicio público en un entorno de competencia<sup>159</sup>, asumiendo la prestación de los mismos por operadores privados. Lo cual, sumado a los trascendentales avances tecnológicos que han dinamizado no solo la competencia, sino la consolidación de diversos mercados inexistentes antes de la liberalización y la superación de las barreras existentes que evitan la consolidación de un entorno económico de europeo con unas reglas comunes a todos los países integrantes de la Unión Europea<sup>160</sup>, han supuesto una transformación fundamental de tales conceptos tradicionales del Derecho Administrativo. Y sin dejar de lado que desde el año 2000, en la Carta de Derechos Fundamentales se consagra como un derecho de acceso a los servicios de interés económico general, art 36, *según lo que dispongan las legislaciones y prácticas nacionales y de*

---

*Sin embargo, el Tratado de Lisboa innova añadiendo a los tratados constitutivos un Protocolo sobre los servicios de interés general. Este protocolo, de igual valor jurídico que los tratados, realiza precisiones sobre la protección de los SIEG a nivel europeo. Reconoce así:*

- *la función y el poder discrecional de las autoridades nacionales en la gestión de los SIEG;*
- *la diversidad de los SIEG, en especial, como consecuencia de las zonas geográficas y de las distintas culturas;*
- *el elevado nivel de calidad así como la igualdad de trato de los usuarios y el acceso universal a los SIEG.*

Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0029\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0029_es.htm) [en línea] (Consultada 16/09/2012)

<sup>156</sup> SARMIENTO, DANIEL. “La recepción en el Derecho de la Unión Europea... Op. cit. 267.

<sup>157</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA. “Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. Tal como se indica en este artículo, los Servicios de Interés Económico General, como actividades de carácter prestacional *cuya existencia y efectividad deben quedar garantizadas incluso cuando el mercado no lo haga*, estableciendo su contenido y los elementos que deben garantizar, que son ajenos a las particularidades del mercado tales: *el acceso universal, igualdad entre los beneficios, continuidad de la prestación, contraprestación asequible, etc.* Y guiados por los principios de *universalidad, igualdad, continuidad y asequibilidad*.

<sup>158</sup> MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEBVRE. *Colección Sectores Regulados. I. Energía*. Op. Cit. Pp. 13.

<sup>159</sup> VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. “Estabilidad... Op. cit. Pp. 29. “*En otro caso, cuando el grado de intervención pública es más limitado, circunscrito a determinadas obligaciones de servicio público (sean de servicio, de seguridad o de promoción de la competencia), la garantía de que se vienen halando debe quedar limitada alcance y contenido de esas obligaciones; del resto rige el riesgo empresarial, porque es un espacio abierto a la competencia. Por este motivo, es preciso diferenciar las actividades reguladas de las que no están; y, dentro de las primeras, aquellas que comportan deberes para los operadores que, impuestos por el poder público, deben ser garantizados en caso de que se produzcan cambios que les afecten. En todo caso, la incertidumbre es una característica estructural de una regulación que pretende crear, recrear, o, incluso, suplir a un mercado, pero que tiene como objetivo alcanzar una situación de competencia efectiva*”.

<sup>160</sup> BEL I QUERALT, GERMA; CALZADA, JOAN y FAGEDA, XAVIER. “*Liberalización y competencia...* Op. cit. Pp. 123.

*conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión*<sup>161</sup>.

Por lo tanto la política y regulación europea respecto de los servicios de interés general, deben orientarse a la consecución de los siguientes valores<sup>162</sup>:

- a) *El papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general o lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios.*
- b) *La diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales.*
- c) *Un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.*

Atendiendo a las modificaciones incorporadas en la Legislación Española a través de la Ley de Economía Sostenible (LES)<sup>163</sup> y la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)<sup>164</sup>, se presentan a continuación los principales aspectos del proceso de liberalización particularmente en los nuevos mercados liberalizados de los siguientes de red<sup>165</sup> y de la creación de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, de los sectores de Telecomunicaciones, Electricidad y Servicio Postal, que cuentan con elementos comunes para su estudio, tales como:

a) su relevancia en el adecuado funcionamiento de la economía, b) la existencia de una red o redes para la prestación de los servicios<sup>166</sup>; c) al inicio del proceso de liberalización se

---

<sup>161</sup> DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. (2000/C 364/01). C 364/1 de 18 de diciembre de 2000. Artículo 36

Acceso a los servicios de interés económico general

La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

<sup>162</sup> MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEBVRE. *Colección Sectores Regulados. I. Energía...* Op. cit. Pp. 13.

<sup>163</sup> LEY 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (BOE Núm. 55 de 5/03/2011).

<sup>164</sup> LEY 3/2013, de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE Núm. 134 de 5/06/2013).

<sup>165</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “*Los Organismos Reguladores en la Crisis Económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible*”. En VVAA: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 94. Enero-abril 2012. Pp. 61-115.

<sup>166</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*El encuadre de la Regulación de la Economía...*” Op. cit. 16. Alude que la regulación se puede dar en dos sentidos uno en sectores en los que el mercado no cuenta con ningún tipo de limitación y por consiguiente las reglas de competencia operan sin ningún tipo de inconveniente y sectores que por la estructura y particularidades de los servicios que se prestan requieren de infraestructuras en red, como sucede con los sectores en los que centraremos nuestro análisis. “*El segundo escenario se enmarca a sectores en los que concurren unas características marcadas. En el caso de los sectores que prestan limitaciones congénitas para la operatividad de los mecanismos de mercado –como puedan ser las actividades o servicios que se prestan en red y que requiere por tanto del acceso o disposición de redes de los operadores-, también pueden integrarse aquí los sectores que tienen una significación estratégica por centrarse en bienes escasos con una destacada significación pública aunque formalmente se presente como*

encontraban bajo la estructura de monopolio; d) conforme a la evolución del modelo regulador europeo se incorporaron tanto la separación de las funciones de gestión y funciones de regulación atribuyéndolas a sujetos distintos, la separación por fases de actuación y la separación de contabilidades <sup>167</sup> y e) la información con la que contaba la Comisión durante de la década de los noventa, donde se podía inferir que todos los países contaban con una estructura de carácter homogénea<sup>168</sup>, sin dejar de lado que algunos sectores como el de Telecomunicaciones y el de Energía desde la concepción primigenia de la liberalización, principalmente el de Telecomunicaciones, abogaron por la creación y posterior consolidación de Autoridades Independientes de los órganos Gobierno<sup>169</sup> ( de allí que sean la mismas Directivas Comunitarias quienes definan el marco organizacional de este tipo de autoridades, limitando la autonomía de los Estados, precisando la necesidad de que este tipo de entidades contara con potestades típicamente públicas, con competencias en relación con la vigilancia de mercados en este caso particular de sectores específicos como lo son los sectores de las telecomunicaciones, energía y el sector postal y de una independencia funcional respecto de las autoridades nacionales<sup>170</sup>; asimismo se establecen los fines que deben ser alcanzados como lo son el fomento de la competencia y la consolidación del mercado interior, los principios que rigen su procedimientos y las directrices de actuación <sup>171</sup>), tendencia que se hizo extensiva a otros sectores como es el sector postal, atendiendo al marco complejo de distribución competencial entre el Gobierno y la Administración General del Estado y los Organismos Reguladores<sup>172</sup>.

Es necesario precisar que respecto los sectores objeto de estudio las Directivas Comunitarias han reiterado la necesidad de contar con un marco normativo homogéneo y de la creación de las autoridades nacionales de reglamentación o en el reforzamiento de su independencia. En el

---

*mercados- es el caso significativo del agua o del suelo-, los que tienen un marcado componente prestacional para cubrir exigencia básicas e irrenunciables de la sociedad y la economía como puede ser el sector de la energía o el transporte, o los sectores que requieren de una especial control o protección, como pueden ser los mercados de valores”.*

<sup>167</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de la economía...Op.cit. 22 y ss.

<sup>168</sup> BEL I QUERALT, GERMA; CALZADA, JOAN y FAGEDA, XAVIER. “Liberalización y competencia...Op. cit. Pp. 124.

<sup>169</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “Origen, principios... Op. cit. Pp. 52-53. La creación de los Entes Reguladores y por consiguiente de la separación de los mismos de la estructura tradicional del Estado, responde al proceso de liberalización adelantado en Europa, donde el Estado en su mayoría se encargaba de la gestión y prestación de los servicios, así como de varios entes públicos encargados de este tipo de funciones.

<sup>170</sup> ALFONSO SANCHEZ, ROSALIA. “Los Organismos Reguladores como (Presuntos) ejes de la Economía Sostenible”. Conferencia pronunciada en Gijón, el 9 de septiembre de 2010, en marco de la II Escuela Internacional de Verano, organizado por UGT Asturias, Fundación Asturias y Universidad de Oviedo, bajo el Título “Economía Sostenible: el cambio del Sistema Productivo”. Disponible en: <http://www.fundacionasturias.org/escuela/pdflibro11/rosalia%20alfonso.pdf> [en línea]. (Consultado 08/03/20113).

<sup>171</sup> CHITI, EDOARDO. “La Reforma del Marco Institucional Europeo en los sectores de la Energía y del Gas y de las Comunicaciones Electrónicas”. En VVAA: Redeti: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red. Año XI. Núm. 32. Mayo-Agosto. 2008. Pp. 11-39.

<sup>172</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “Conferencia: Las relaciones y delimitación... Op. cit. Pp. 77.

sector de las Telecomunicaciones se destaca lo dispuesto en la Directiva 2009/140/CE<sup>173</sup>, donde se indica que en el sector de las redes y servicios de comunicación electrónica, las Directivas se han ocupado de establecer un marco regulador común, así como de prever el sistema de acceso a las redes y a la interconexión de las mismas<sup>174</sup>, incluida como la imperiosa necesidad de reforzar la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación, para de esta manera garantizar una aplicación efectiva del marco regulador y para aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones en el mercado<sup>175</sup>. En lo que respecta al sector de la energía, la Directiva 72/CE<sup>176</sup>, en la que indica las autoridades de reglamentación deben ser independientes, imparciales y transparentes y por último, en lo que corresponde al Sector Postal, la Directiva 2008/6/CE<sup>177</sup>, se precisa la creación o consolidación de una autoridad nacional de reglamentación.

Nos sustraeremos del Estudio del Sector Financiero, el cual ha tenido una evolución y regulación distinta a estos tres sectores objeto de estudio que, debido a la importancia para toda la Unión Europea, cuenta con una regulación ajena a la de otros sectores, sumado a que en el entorno español ha sido excluido del ámbito de aplicación en su momento a través de la Ley de Economía Sostenible (LES) en su momento y después por la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante CNMC.

Su principal finalidad como se describirá en esta tesis doctoral, ha sido la que los mercados que se sirven regular existan y cumplan con unas determinadas condiciones que no afecten la

---

<sup>173</sup> DIRECTIVA 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>174</sup> DIRECTIVA 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso)

<sup>175</sup> DIRECTIVA 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización). Donde se indica la prohibición de aceptar instrucciones por parte del Gobierno o a las garantías en el cese de los responsables de las Autoridades de Reglamentación.

## *CAPÍTULO II*

### *AUTORIDADES NACIONALES DE REGLAMENTACIÓN*

#### *Artículo 3*

##### *Autoridades nacionales de reglamentación*

*1. Los Estados miembros velarán por que cada una de las misiones asignadas a las autoridades nacionales de reglamentación en la presente Directiva y en las directivas específicas sea desempeñada por un organismo competente.*

*2. Los Estados miembros garantizarán la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación, velando por que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas. Los Estados miembros que mantengan la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de regulación y las actividades relacionadas con la propiedad o el control.*

<sup>176</sup> DIRECTIVA 2009/72/CE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado de la electricidad, por la que se deroga la DIRECTIVA 2003/54/CE.

<sup>177</sup> DIRECTIVA 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE.

competencia<sup>178</sup> y la consecución de dos grandes principios como lo son: a) la consecución de los objetivos previamente definidos en el seno de la Unión Europea y b) de su compromiso con la conservación de las políticas reguladoras, atendiendo a su adecuación conforme a la evolución de los tiempos<sup>179</sup>. Para tales efectos, las razones por las que se ha encomendado la tarea regulatoria a los Organismos Reguladores<sup>180</sup>, específicamente de los Reguladores de los Servicios de en Red, están dadas por su especialización técnica proveniente de los conocimientos especializados por parte de los miembros integrantes de cada uno de estos entes, ante la complejidad de materias que surgen en cada sector, particularmente en lo que respecta a la sector de las telecomunicaciones; la segunda razón porque se prefieren de este tipo de Organismos es su eficacia, proveniente de sus procedimientos ágiles, rápidos y económicos; su creación viene dada para que puedan proteger los intereses comunitarios; de allí que se indispensable que sean independientes y alejados de la influencia gubernamental para disciplinar el mercado, contar con empresas más productivas y tal vez uno de los aspectos más relevantes para inclusión de estos organismos como reguladores de los sectores liberalizados en red, es que éstas fórmulas técnicas ofrecen una estabilidad y continuidad mayores respecto a las políticas que son desarrolladas por parte del Gobierno<sup>181</sup>.

A partir, del examen de los tres supuestos, podremos inferir, con experiencia y casos concretos, lo que ha significado la Regulación Económica en España y la necesidad de contar con Organismos Reguladores separados de la Autoridad de Competencia, partiendo de la premisa que las Comisiones creadas como producto de la liberalización tuvieron como principal objetivo la vigilancia de los mercados, la aplicación de la regulación, para contar con un mercado en condiciones de eficiencia y competitivo<sup>182</sup> y particularmente que responden a culturas jurídicas diferentes.

---

<sup>178</sup> ESTEVE PARDO, JOSE. *"Sobre la Estabilidad de la Regulación Fórmulas de Equilibrio y Frentes de Riesgo"*. Informes. Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Documento 4. Pp. 19-25. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012). *"Lo estable de la regulación a partir de entonces el mantenimiento del mercado, la competencia entre operadores. La tarea de las autoridades reguladoras será justamente la de mantener la plena operatividad del mercado en unos sectores que ordinariamente tiene una serie de condiciones congénitos que limitan el número de operadores o los hacen dependientes de unos recurso escasos, como son las redes o las infraestructuras, La regulación consistirá en establecer fórmulas para que esas limitaciones no afecten a la competencia o en obviar los que se conocen como fallos de mercado; ello conducirá con frecuencia a una regulación consistente en recrea la competencia en entornos donde ésta no puede desenvolverse de manera natural"*

<sup>179</sup> MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. *"Regulación económica..."* Op. cit. Pp.123.

<sup>180</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. *"Los Organismos Reguladores..."* Op. cit. Pp. 67 y ss.

<sup>181</sup> *Ibíd.* Pp. 68. *"La política en los sectores regulados exige una cierta continuidad en los equipos técnicos y en la autoridad que le desarrolle, y las decisiones que toman los OR se proyectan más allá de la duración normal de un Gobierno. En el orden tecnológico, la opción por unos u otros sistemas condiciona por largo tiempo la oferta del servicio y en el económico-empresarial, las inversiones exigen un marco jurídico estable y garantizado"*.

<sup>182</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *"Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación"*. En VVAA: *Energía: Del Monopolio al Mercado*. CNE, Diez años en perspectiva. José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez (Directores). Comisión Nacional de Energía, Thomson-Civitas. Navarra. 2006. *"Las comisiones de regulación tienen que asegurar la aplicación ordenada y eficiente de nuevas regulaciones, tienen que vigilar que todos los agentes conozcan y apliquen reglas del"*

Excede de esta tesis realizar un análisis completo y pormenorizado de la significación en nuestros días de las denominadas “Agencias Independientes”.<sup>183</sup> Porque, lamentablemente, ni han sido estables, ni están lejanas a la dependencia de los partidos políticos, ya que de haber pasado de ser instrumentos técnicos con alguna dirección política en la Presidencia, se está pasando, directamente, al reparto partidista, sin que el conocimiento, experiencia y profesionalidad sean precisamente los requisitos que han de adornarlas. Con lo cual, internamente, estas Agencias, tan caras de mantener, no parecen ofrecer ventajas sustanciales en estos momentos frente a la Administración jerárquica tradicional tipo napoleónico. Porque solamente si existen realmente expertos que puedan ofrecer una opinión y una reflexión fundada en el conocimiento, se lograría que estas Agencias fueran realmente independientes, dando así respuesta y seguridad jurídica a las exigencias de un Estado neutral que respeta a los mercados<sup>184</sup>.

---

*juego que son nuevas y sobre las que hay poca experiencia; en fin, tienen que evaluar cuando un segmento está maduro para ampliar la liberalización”.*

<sup>183</sup> BETANCOR. A. “Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos”. Tecnos.1ª reimpresión. Madrid, 1993 y *L’expérience espagnole en matière d’ autorités administratives indépendantes. Contributions*. En: CONSEIL D’ÉTAT RAPPORT PUBLIC 2001 Jurisprudence et avis de 2000 Les autorités administratives indépendantes ÉTUDES & DOCUMENTS N° 52. Pp. 411-426.; SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. *Autoridades Independientes. Un Análisis Comparado de los Estados Unidos, El Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Ariel. Barcelona. 2002; PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “Las Administraciones Independientes. En Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas”. En VVAA: *Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo*. Madrid. Civitas. 1994; GARCIA LLOVET, ENRIQUE. “Autoridades Independientes y Estado de Derecho”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 131. Mayo – Agosto 1993; “Agencias (y Agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”. En VVAA: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N°. 5, 2006, Pp. 145-21, entre otros. No obstante, sí cabe apuntar que estas Agencias, impuestas en gran medida por el Derecho comunitario, responden más hoy a la exigencia europea de contar así con una Administración presencial en cada Estado Miembro con la consiguiente “neocentralización” comunitaria, que a exigencias propias del Estado neutral con las que inicialmente las recibió la doctrina de SALA ARQUER “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”. En VVAA: *Revista de Derecho Administrativo*.

<sup>184</sup> SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO. *Derecho público de la competencia*. Idelco, Marcial Pons. Madrid. 1998. Quien precisa que la finalidad de este tipo de entidades debería ser el mantenimiento de las condiciones del mercado sujetas a la aplicación del principio de legalidad, sobre el particular indica: “*Sucede que el Estado ha dispuesto una serie de órganos para lograr el objetivo público de que la defensa de la competencia sea un cometido público esencial. Lo que ha dispuesto son órganos administrativos no órganos judiciales, como por el contrario si tiene dispuesto para la defensa individual de los derechos cuando un operador dañe a otro mediante técnicas desleales. Las mociones y dictámenes que expresan la opinión del TDC son actos administrativos. Así, el estudio de estos órganos es asimismo parte del Derecho administrativo.*

*Justamente ahí radica la naturaleza administrativa de todo este instrumental y que hay que reivindicar para esta disciplina.*

*No se trata de verificar qué ocurre en un sector concreto realizando un análisis, por así decir, vertical, en el que existe una autoridad de disciplina concreta que regula, administra e interviene dentro de un supuesto de relaciones de supremacía especial. Ese sistema, que existe claramente en nuestro país, dotado ya de instituciones muy sofisticadas de disciplina de los sectores económicos que han de estar sometidos a vigilancia especial, es el caso del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se refieren a sectores concretos.”.*

Pero tal como están ahora las cosas, con técnicas de puro reparto partidista, difícilmente encuentran justificación doméstica, que por otra parte, tampoco se encuentra directamente en la Constitución.

El desafío de recuperar esa independencia, vía reputación y prestigio basados en el conocimiento y experiencia, reviste hoy tintes dramáticos. Hay que modificar el sistema de nombramientos en la línea de transparencia, profesionalidad, reputación, calidad y en fin, todo lo que sirve para acabar teniendo un organismo fiable y seguro. Probablemente la línea inaugurada en Portugal, quizás por imposición de la intervención realizada en aquel país, vaya en la dirección correcta<sup>185</sup>.

### **1.1.3.1. Telecomunicaciones**

La Liberalización de las Comunicaciones Electrónicas, como han sido denominado a este sector en el seno de la Unión Europea, se inicia en el año de 1987, tras la publicación del *"Libro Verde sobre desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones"*<sup>186</sup> de 30 de junio, considerado como el primer instrumento para la consolidación de una política comunitaria en materia de telecomunicaciones<sup>187</sup> y que contó con la particularidad de ser un documento de carácter consultivo que busca la participación activa de los agentes del sector, como los usuarios, los prestadores de los servicios y los que tuvieran algún tipo de interés<sup>188</sup>. Es la Sentencia *British Telecommunications* de 20 de marzo de 1985<sup>189</sup>,

---

<sup>185</sup> SORIANO GARCÍA, JOSE EUGENIO y BILHIM, JOAO. "La racionalidad política y técnica en la selección de la alta Administración Pública y gestión pública portuguesa: una experiencia útil para España". En VVAA: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº. 38, 2013, Pp. 36-52.

<sup>186</sup> COM (87) 290, de 16 de diciembre de 1987. Se debe tener presente que todo este proceso fue liderado por las instituciones Europeas, en particular la Comisión, la cual se encargó de impulsar el proceso de liberalización de las telecomunicaciones en el entorno Europeo, tendente a contar con una regulación uniforme, superando los obstáculos previstos en las legislaciones y mercados nacionales. Adicionalmente este documento tiene como antecedente tres recomendaciones que fueron elaboradas por la Comisión y remitidos al Consejo, dedicadas a tres asuntos específicos como: la armonización normativa del sector, la creación de un mercado de terminales y la primera fase de apertura de los mercados de telecomunicaciones.

Ha tenido importancia la inmensa recopilación que en forma de "Código de las Telecomunicaciones" realizó en su momento el profesor SORIANO GARCÍA en el *Código de las telecomunicaciones Española y europea*. Aranzadi. Elcano (Navarra). 1999

<sup>187</sup> Circulo Cívico. Documento 4. Op. cit. Pp.9. Son varios los instrumentos comunitarios en los que se abogó por la separación de las funciones de regulación y de prestación de los servicios, todas tiene como elemento común el Libro Verde sobre las Telecomunicaciones, los criterios establecidos en la Directiva de la Comisión 90/388, en igual sentido el Tribunal de Justicia comunitario, en la sentencia Reino de España y otros contra la Comisión de 17 de noviembre de 1992, donde se reiteró la necesidad de mantener separados tanto a los reguladores y a los operadores en los sectores liberalizados.

<sup>188</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades nacionales de reglamentación: El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Comares, Granada. 2004. Quien precisa que uno de los antecedentes para la liberalización en Europa tiene como antecedente la sentencia proferida por el Tribunal de Justicia en el caso *British Telecommunications* donde afirma que las empresas están sometidas a las reglas de la libre competencia, "Los primeros impulsos liberalizadores se producen con anterioridad, incluso, a la existencia de una política comunitaria propiamente dicha para el sector. La importancia de sentencias como la *British Telecommunications*, pronunciada por el Tribunal de

la que dió un vuelco a la política en materia de telecomunicaciones principalmente en lo que corresponde a las estructuras y las estrategias, que posteriormente se tradujeron en el debate de apertura a la competencia de los nuevos servicios de telecomunicaciones y de la prestación de los servicios en monopolio<sup>190</sup>, pero es la Sentencia de 19 de marzo de 1991 de la República Francesa c. Comisión<sup>191</sup>, mediante la cual la Comisión empieza a dictar Directivas en materia de telecomunicaciones. Ahora bien, el Libro Verde precisaba que era indispensable que se contara con una mejor y mayor oferta de servicios, y que estos fueran prestados en condiciones

---

*Justicia de la Comunidad Europeo el 20 de marzo de 1985, donde se reconoce que las empresas, aún aquellas que tenían atribuidos derechos especiales o exclusivos para la gestión de servicios públicos de telecomunicaciones, están sometidas a las reglas de libre competencia, es determinante para procurarla liberalización del sector”.*

La importancia de la mencionada sentencia radica, en señalar la ausencia de reglas de libre competencia en las telecomunicaciones y se expuso que era necesario que se compatibilizara los derechos de explotación exclusiva con las reglas previstas en el derecho de la competencia y los importantes cambios tecnológicos que a la fecha se estaban dando.

<sup>189</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS (DIR.); COORD. JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA. *Derecho Comunitario Europeo*. Editorial Lex Nova, S.A. Valladolid. 2007.

<sup>190</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. 1ª ed. ...Op. cit. Pp. 1141. “Esta Sentencia, capital en la historia del Derecho comunitario, porque da lugar al desarrollo de una política que telecomunicaciones que ha convulsionado realmente la estructuras y las estrategias de todo el sector, se produjo con ocasión del debate acerca de los reglamentos de la empresa British Telecommunications, que le permitiría monopolizar no sólo el servicio telefónico básico sino también otras competencia derivadas de nuevas iniciativas en el campo de la mensajería telefónica. Aprovechando las nuevas tecnologías, las iniciativa privada había comenzado a ofrecer un nuevo servicio consistente en recibir y transmitir por cuenta de terceros un volumen importante de mensajes a precios sensiblemente inferiores a los que se derivarían de la aplicación de las tarifas correspondientes al uso tradicional de las líneas de telecomunicación. Los reglamentos de British Telecommunications tenían como objeto prohibir a estas agencias la aplicación de precios que permitieran la transmisión del mensaje a mejor precio que si se hubieran utilizado el télex para comunicar directamente con el receptor. La Comisión estudió estos Reglamentos y declaró que contravenían lo dispuesto en el artículo 82 (abuso de la posición dominante). En igual sentido SORIANO GARCÍA, JOSE EUGENIO. “La comisión del mercado de las telecomunicaciones”. En VVAA: *Derecho europeo del audiovisual: actas del congreso organizado por la Asociación Europea de Derecho del Audiovisual*. Dirigido por: Santiago Muñoz Machado (ed. lit.), Vol. 2, 1997. Pp. 1143-1150

<sup>191</sup> MARTI DEL MORAL, ANTONIO. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2000. “Impugnación sobre la Directiva 88/301, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones”. Donde se viene a precisar por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad, la imperiosa necesidad de que existiera un ente de carácter independiente encargado no sólo de realizar la homologación de las terminales, sino en cada uno de los procedimientos, a especificaciones técnicas y los procedimientos de autorización, sujeto a la aplicación transparente, objetiva y no discriminatoria de la normativa existente sobre esta materia con la finalidad de contar con una competencia efectiva y de que esta no sea falseada, a través de un sistema en que un operador realiza la prestación de los servicios y determina los criterios de homologación, lo cual repercute en el principio de igualdad entre los operadores, de allí que la Comisión Europea abogara en dicha Directiva por la separación entre el regulador y los operadores y que en ningún momento usurpo competencias de otras instancias comunitarias ni del Tratado. “En conclusión, el TJCE hace suya la tesis de la Comisión relativa a la exigencia de la separación entre el regulador y los operadores entendiendo que el precepto impugnado de la Directiva, una norma de Derecho derivado, tiene cobertura de lo dispuesto en el artículo 3.g) del Tratado, conforme apara alcanzar los fines establecidos en el artículo 2 del Tratado, la acción de la Comunidad implicará <<un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior>>.”.



óptimas en beneficios de todos los usuarios, su objetivo fundamental, era establecer los lineamientos básicos para liberalización del sector<sup>192</sup>.

Este importante documento propuso 10 líneas de actuación para el desarrollo del sector<sup>193</sup>:

- Mantener los derechos especiales o exclusivos de las Administraciones de Telecomunicaciones en lo que respecta a la oferta y explotación de la infraestructura de la red.
- Mantener los derechos especiales o exclusivos en beneficio de las Administraciones de Telecomunicaciones para la prestación de un número limitado de servicios básicos en aquellos casos en que esta exclusividad se considere esencial en ese momento para salvaguardar objetivos de servicio público.
- Libre oferta de todos los demás servicios, especialmente de los llamados servicios de valor añadido, en los Estados miembros y entre ellos.
- Exigencias restrictivas referentes a las normas de la infraestructura de la red y los servicios ofrecidos por las Administraciones de Telecomunicaciones o por proveedores de servicios de importancia comparable, a fin de salvaguardar o de crear la capacidad de interconexión a escala de la Comunidad.
- Definición clara de las exigencias generales para la utilización de la red, impuesta por las Administraciones de telecomunicaciones o por proveedores de servicios en régimen de competencia, que incluya las definiciones referidas a la oferta de las infraestructuras de la red.

---

<sup>192</sup> MARTINEZ-GARCIA, CLARA. *La Intervención Administrativa en las Telecomunicaciones*. Estudios Jurídicos, N.S. n.º 13. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. 2002. Madrid.

<sup>193</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso...* Op. cit. Pp.14. Quien alude en su cita 16, como fue el desarrollo del proceso liberalizador en Europa iniciando por la Sentencia British Communications, la expedición del Libro Verde y de las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE, elementos fundamentales para el desarrollo de una política uniforme para el sector de las telecomunicaciones en Europa. *“Esta tendencia liberalizadora va a ser adoptada por los organismos comunitarios, terminando por hacer suya hasta consolidarse definitivamente en el Libro Verde de las Telecomunicaciones de la Comunidad Europea (COM (87) 290, junio de 1987). Con anterioridad el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, pese a la oposición manifiesta de los operadores tradicionales, con su sentencia del 20 de marzo de 1985, British Telecommunications, facilitó, en buena medida, el desarrollo de todo el proceso liberalizador posterior. La propia Directiva 88/301/CEE, hunde sus raíces en lo más profundo de los fundamentos de dicha sentencia. La citada Directiva aun siendo una política industrial (decisión de liberalizar el mercado de terminales de telecomunicaciones), se encuentra motivada a raíz del reconocer la posibilidad de dar usos distintos a una red de telecomunicaciones en función del aparato que se le conecte finalmente, tal y como ocurría con el servicio de télex en la sentencia British Telecommunications, sentando las bases, justificadamente, para la posterior liberalización de los servicios que se prestan a través de estas redes. El desarrollo de los contenidos del Libro Verde de las Telecomunicaciones se lleva a cabo a través de una serie de Directivas entre las que cabe destacar la Directiva 88/301/CEE de la Comisión, 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en el mercado de terminales de comunicaciones, la Directiva 90/388/CEE, de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en el mercado de los servicios de telecomunicaciones y la Directiva 92/44/CEE, de 5 junio, sobre de red abierta a las líneas arrendadas. Todas ellas están desarrolladas sobre los cimientos del art. 86. 3 TCE (antiguo art.90), conformado el impulso definitivo a la liberalización dl sector, por lo que van a convertirse en un punto de referencia para el posterior desarrollo de la postura de la Comunidad Europea sobre el sector.”...*

- Oferta libre (sin restricción) de equipos terminales en los Estados miembros y entre ellos (en competencia con las Administraciones de telecomunicación), a reserva de los procedimientos de homologación de acuerdo con las obligaciones del Tratado y las directivas existentes.
- **Separación de las funciones de reglamentación y de explotación de las Administraciones de telecomunicaciones**<sup>194</sup>.
- Seguimiento estricto y continuo de las actividades de explotación de las Administraciones de telecomunicaciones conforme a los artículos 85,86 y 90 del Tratado CEE.
- Seguimiento estricto de los proveedores privados en los sectores abiertos a la competencia, a fin de evitar el abuso de posiciones dominantes.
- Aplicación total de la política comercial común de las Comunidad a las telecomunicaciones.

El alcance del Libro Verde en el proceso de Liberalización, se caracteriza por establecer los puntos claves para la determinación de la Política sectorial a desarrollar por parte de la Comisión Europea<sup>195</sup>, señalando los instrumentos normativos para su desarrollo. Las propuestas allí planteadas tenían como objetivo el reconocimiento pleno de la competencia en todos y cada de los servicios de manera progresiva, establecimiento las líneas de actuación, siendo:

- a) Aceptación del mantenimiento de los derechos exclusivos o especiales de las Administraciones en la explotación de la infraestructura de las redes,
- b) Aceptación del mantenimiento de derechos exclusivos o especiales en determinados servicios básicos,
- c) Oferta sin restricciones del resto de los servicios,
- d) Exigencias estrictas del cumplimiento de las normas en la infraestructura y servicios ofrecidos por las Administraciones con objeto de conseguir la interoperabilidad a escala europea,

---

<sup>194</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. *“El encuadre de la regulación económica en la sistemática del Derecho... Op. cit. Pp. 388. Donde precisa, que la separación de funciones de reglamentación y prestación, potenció la importancia de la labor regulatoria, dotándola de particularidades y distinguiéndola de las demás actividades del Estado. “La regla que viene impuesta desde el Derecho Europeo y que exige la nítida separación entre lo que es la actividad de gestión y lo que es actividad de regulación, encomendándolas a instancias diferenciadas, conduce a superar la promiscuidad existente en muchos sectores económicos con una marcada proyección asistencial en los que el sector público estaba involucrado en actividades de gestión y ello requería con frecuencia un esfuerzo para la sinuosa delimitación de la actividad que pudiera considerarse pública, administrativa, sujeta en su casa al control judicial de esa jurisdicción y la actividad de gestión, bajo la órbita del Derecho privado. La imposición de esta regla de separación rigurosa de actividades conduce así a concentrar en la regulación la actividad pública, administrativa, sin adherencias ni adulteraciones, en estado químicamente puro por decirlo de algún modo”;* del mismo autor ESTEVE PARDO, JOSÉ. *“La regulación de la economía... Op. cit. Pp. 22 y ss y MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, 2ed. Op. cit. 1210 y ss.*

<sup>195</sup> ALABAU, ANTONIO. *La Unión Europea y su política para las comunicaciones electrónicas. Treinta años de perspectiva.* Madrid: Fundación Vodafone España, 2006.

- e) Definición clara de las exigencias para el uso de las redes, impuestas por las Administraciones a los prestatarios de servicios en régimen de competencia,
- f) Desarrollo de la ONP, Oferta libre de equipos terminales, en y entre los Estados miembros,
- g) Separación de las actividades de reglamentación y de explotación de las redes y servicios,
- h) Seguimiento estricto y continuo de las actividades de las administraciones para evitar abusos,
- i) Seguimiento estricto y continuo de las actividades de los prestatarios de servicios privados para evitar abusos y
- j) Aplicación a las telecomunicaciones de la Política Comercial Común de la Comunidad.

En el plano internacional, se propone la adopción de posturas comunes en las negociaciones del GATT, como se indicaba en el Capítulo X del Libro Verde:

*Las propuestas se dirigen hacia una introducción progresiva y total de la competencia a escala comunitaria para el mercado de equipos y, en la medida de lo posible y esté justificado en esta fase, para los servicios de telecomunicación.*

*Es sus acciones encaminadas a hacer efectivas estas propuestas y eliminar las restricciones existentes, la Comisión tendrá plenamente en cuenta el hecho de que estas normas de la Competencia del Tratado son aplicables a las Administraciones de Telecomunicación en la medida en que se dediquen a actividades comerciales. Podrá utilizar, según convenga, su mandato con arreglo al apartado 3 del Artículo 90 del Tratado para **fomentar, sincronizar y acelerar las transferencias en curso.***

De este documento se pueden concluir, como señala Muñoz Machado<sup>196</sup>:

- Mantenimiento del principio de exclusividad o de derechos especiales de las administraciones de las comunicaciones,
- Mantenimiento de la exclusividad, o de derechos especiales de las administraciones de las telecomunicaciones,
- Oferta de los servicios de valor añadido, en régimen de competencia.
- ***La separación de las actividades de regulación y explotación de las telecomunicaciones, como un principio general para el éxito de las políticas sectoriales y de la competencia***<sup>197</sup>.

<sup>196</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, “I. Fundamentos... Op. cit. Pp. 88 y ss.

<sup>197</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. “La Actividad... Op. cit. 1330 y 1331, quien viene a precisar que desde que se gesta el proceso de liberalización se consideró que era indispensable que las funciones tanto de regulación como de actuación estuvieran claramente delimitadas. El proceso de liberalización no impedía que el sector público empresarial pudiera participar un régimen de libre competencia, más como agente determinante de las reglas de participación en los mercados. “Por esta razón, desde un primer momento, se insistirá en la necesidad de separar las figuras del regulador y el regulado, sin que una misma persona pudiera asumir ambos cometidos. Al establecer esta premisa, se desarrolla el concepto de actividad de regulación, como actividad que se diferencia de la actividad de actuar en el mercado de acuerdo con las reglas previamente establecidas”, en igual sentido, ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de la economía...Op. cit. Pp. 22, 25. La separación entre dichas funciones de regulación y gestión, se concreta también en la existencia de sujetos diferenciados, “En cualquier caso, la neutralidad es reveladora de esa neta separación entre

Este principio lo que busca era la consolidación de la posición de dominio por parte de los operadores establecidos, las consecuencias respecto a los usuarios y las repercusiones en el mercado. Es por esta razón que este principio que hoy se entiende como un elemento fundamental para garantizar la labor del regulador y su independencia, empezara a ser reconocido e incorporado de manera gradual en las Directivas Comunitarias como se precisa en el contenido de la Directiva 88/301/CEE<sup>198</sup>, como un primer intento en reconocer la separación de las labores de regulación y prestación de servicios; de igual forma siguiendo la tendencia de contar con un mercado interior de telecomunicaciones la Directiva 90/388/CEE<sup>199</sup> alude por primera vez a la creación de las Autoridades Nacionales de Regulación, de carácter nacional, permitiendo que los nuevos servicios se prestasen en condiciones de calidad, más eficientes y de manera más rápida, estableciendo un catálogo más o menos amplio de funciones consistentes en la emisión de autorizaciones, de control, de atribución de frecuencias y de vigilancia en general para el cumplimiento de los objetivos de índole comunitario en materia de telecomunicaciones<sup>200</sup>. A tal efecto se precisaba que a más tardar el 1 de julio de 1991 se debería contar con este tipo de entidades por parte de los Estados miembros, siendo un aspecto que no solo será reiterado en repetidas oportunidades en el sector de las telecomunicaciones sino en todos los sectores liberalizados como lo precisó en su momento MUÑOZ MACHACHO *“en todos los sectores liberalizados se está implantando una regla general de organización que exige que la función de regulación, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia Administración titular del servicio, se separe de la función de gestión del servicio, empresa o actividad. El fundamento de esta regla es, en casi todos los casos, el mismo: si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión quedan situados en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieren actuar en el mismo sector, quedarían en una situación de desigualdad”*<sup>201</sup>.

La Directiva 92/44/CEE<sup>202</sup>, no solo reitera la imperiosa necesidad de la separación de funciones tanto regulatorias como de prestación de servicios, sino que acuña por primera vez el concepto

---

*reguladores y operadores, entre el poder público y mercado que es trasunto de la distinción entre Estado y sociedad propia de un modelo liberal en Europa que se pretendió construir sobre la base o la referencia del llamado Estado neutral.”.*

<sup>198</sup> DIRECTIVA 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones.

<sup>199</sup> DIRECTIVE 90/388/CEE de la COMMISSION, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication. Journal officiel n° L 192 du 24/07/1990 p. 0010 – 0016.

<sup>200</sup> Article 7

*Les États membres assurent que, à partir du 1er juillet 1991, l'attribution des autorisations d'exploitation, le contrôle des agréments et des spécifications obligatoires, l'attribution des fréquences et la surveillance des conditions d'utilisations ou l'entretien effectués par une entité indépendante des organismes de télécommunications.*

*Ils communiquent à la Commission, au plus tard le 31 décembre 1990, les mesures prises ou les projets de mesures à cet effet.*

<sup>201</sup> MUÑOZ MACHADO. SANTIAGO. *Servicio público....* Op. cit. Pp. 204 y ss.

<sup>202</sup> DIRECTIVA 92/44/CEE del CONSEJO, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas. 14) *Considerando que, de conformidad con el principio de separación de las funciones de reglamentación y de explotación, y en aplicación del principio de subsidiariedad, la autoridad*

*Autoridades Nacionales de Reglamentación, definiéndolas como “organismo o los organismos de cada Estado miembro, jurídicamente distintos y funcionalmente independientes de los organismos de telecomunicaciones, a los que el Estado miembro correspondiente, confía, entre otras, las funciones reglamentarias en el ámbito de cada una de las Directivas relacionadas con las telecomunicaciones”.*<sup>203204</sup>

La primera etapa de este proceso concluye con la promulgación de la Directiva 96/19/CE<sup>205</sup> de la Comisión. De esta manera el mercado de las telecomunicaciones se abrió a la libre competencia el 1 de enero de 1998; a partir de este momento se marca por la Comunidad un calendario comprensivo de las sucesivas etapas de la liberalización en Europa, es así como en el año 2002<sup>206</sup>, se expide un nuevo paquete de Directivas que establecen los criterios a ser desarrollados por parte de los Países miembros de la Unión en materia de las Comunicaciones Electrónicas.

Si bien, la Comisión promulga dos Directivas en el año 1990<sup>207</sup>, en particular la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en la que se indica que era necesario la competencia y su objeto es la liberalización plena de los servicios. Mediante esta Directiva se termina el régimen de monopolio con la supresión de los derechos exclusivos (excepto en la explotación del servicio de telefonía vocal) y sometiendo a los demás servicios a las reglas de competencia. Otro aspecto a destacar de esta directiva es que alude por primera vez a las llamadas Autoridades Nacionales de Regulación en adelante ANR<sup>208</sup>, precisando que era una obligación

---

*nacional competente de cada Estado miembro debe desempeñar un importante papel en la aplicación de la presente Directiva;*

<sup>203</sup> Art. 1.2 de la DIRECTIVA 92/44/CEE, igual sentido la DIRECTIVA 97/13/CEE, Art. 2.1.b) donde se indica que deben existir o crearse organismos jurídicamente distintos y funcionalmente independientes respecto de los organismos de telecomunicaciones.

<sup>204</sup> MARTI DEL MORAL, ANTONIO. *La Comisión...* Op.cit. Pp. 66 y ss. Quien destaca que el principio de la separación entre regulador y prestador, solamente estableció unos criterios materiales y objetivos, precisando sus funciones y objetivos a cumplir por las autoridades nacionales de reglamentación, pero no estableció si dentro de la estructura existente, algunas de las autoridades existentes podrían o no desempeñar esta nueva tarea.

<sup>205</sup> DIRECTIVA 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la DIRECTIVA 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones.

<sup>206</sup> DIRECTIVA 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva marco"); Directiva 2002/20/CE, del parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva de autorización") ; Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión ("Directiva de acceso") ; Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal ("Directiva de servicio universal") y Directiva relativa al tratamiento de los datos personales ("Directiva de intimidad y comunicaciones electrónicas").

<sup>207</sup> DIRECTIVA 90/387/CEE DEL CONSEJO, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones. DIRECTIVA 90/388/CEE DEL CONSEJO, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones.

<sup>208</sup> Art. 7 de la Directiva.

de los Estados miembros crear este tipo de Autoridades, pero no precisa los métodos y formas para su conformación. Es en el período comprendido entre 1995 y 1998<sup>209</sup>, donde se establecen los parámetros para lograr la consolidación del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones, que posteriormente se recogen en la Directiva Comunitaria 97/51/CEE<sup>210</sup>, donde se establecen los mecanismos para la creación de este tipo de entidades con el fin de adecuarlas a los objetivos previstos en la Comunidad Europea y en las diversas Directivas expedidas respecto al sector de las telecomunicaciones<sup>211</sup>.

En lo que respecta a las Autoridades Nacionales de Reglamentación la Directiva 97/13/CE<sup>212</sup>, reitera los considerandos dados respecto a este tipo de entidades en la Directiva 92/44/CEE<sup>213</sup>, precisando que las ANRs deberían ser jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier tipo de organismo de telecomunicaciones<sup>214</sup>.

---

<sup>209</sup> DIRECTIVA 92/44/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas(22); Decisión 92/264/CEE del Consejo, de 11 de mayo de 1992, relativa a la introducción de un prefijo común de acceso a la red telefónica internacional en la Comunidad; Directiva 95/47/CE; Directiva 97/13/CE; Directiva 97/33/CE; Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo.

<sup>210</sup> La particularidad de esta Directiva, es que si bien retoma los postulados previstos en la Directiva 90/387/CEE, restringe de manera significativa las atribuciones y elementos característicos de este tipo de entidades en el sentido de indicar que son organismos de carácter independiente, con un catálogo de funciones previamente definidas por la ley, con independencia de los demás órganos de la administración y con un sistema de control respecto a las decisiones que este tipo de entidades profieran y de la existencia de mecanismos efectivos que permitan que puedan contar con la información necesaria y suficiente para el ejercicio de las funciones a su cargo.

<sup>211</sup> Con la primera referencia efectuada respecto a las ANR, las Directivas expedidas con posterioridad a esta Directiva, no solo aluden a la existencia de estas entidades, sino que hacen referencia a las atribuciones y funciones que deben tener para garantizar, sobre el particular se destacan las Directivas 94/46/CE, 96/2/CE, 96/19/CE.

<sup>212</sup> DIRECTIVE 97/13/CE du PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications. Journal officiel n° L 117 du 07/05/1997 p. 0015 – 0027. Donde se define a las Autoridades Nacionales de Reglamentación como:

*Article 2 Définitions*

*1. Aux fins de la présente directive, on entend par:*

...

*b) «autorité réglementaire nationale»: l'organe ou les organes qui sont juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications et qu'un État membre charge d'élaborer les autorisations et de veiller à leur respect; ...*

<sup>213</sup> DIRECTIVA 92/44/CEE del CONSEJO, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas. 14) *Considerando que, de conformidad con el principio de separación de las funciones de reglamentación y de explotación, y en aplicación del principio de subsidiariedad, la autoridad nacional competente de cada Estado miembro debe desempeñar un importante papel en la aplicación de la presente Directiva;*

<sup>214</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Universidad Rey Juan Carlos y Editorial DYKINSON, S.L. Madrid. 2001. Quienes consideran que la finalidad del Derecho Comunitario era garantizar la separación entre las funciones de prestación de servicios y la función de reglamentación. De allí que era discrecional de cada Estado la facultad de crear o no organismos reguladores separados e independientes para garantizar no solo la separación sino de los fines previstos del nuevo marco regulador, pero la tendencia generalizada es la de crear organismos especializados como un mecanismo de credibilidad y de imparcialidad ante el nuevo papel del Estado como

La Directiva 97/33/CE el 30 de Junio de 1997<sup>215</sup>, establece los criterios para la creación de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, tal como se indicaba en el artículo 5 de la Directiva, y de las responsabilidades y de las funciones que este tipo de entidades deberían desarrollar para la consecución del objetivo del proceso de liberalización que era la plena competencia, como se precisaba en el artículo 9. En cuanto a sus funciones no solamente serían las de regulación, sino las tareas de control y vigilancia, ambas relacionadas a verificar el cumplimiento de las circulares y resoluciones expedidas por las comisiones. La función de arbitraje, respecto a los conflictos que se puedan derivar entre los operadores y los usuarios, es asimismo un aspecto clave, si bien este “Arbitraje Administrativo” a diferencia del Arbitraje, no concluye en un laudo definitivo, puesto que es recurrible plenamente ante los Tribunales. Lo que viene a precisar esta Directiva es que para el cumplimiento de estas tareas realmente importante se constituye como punto neurálgico de toda la regulación, la creación y permanencia de estas Autoridades, la de contar con una independencia real y efectiva respecto a Administración del Estado y demás dependencias y agentes particulares que puedan incidir de manera directa o indirecta en las decisiones y asuntos a su cargo.

En esta misma línea la Directiva 97/51/CE<sup>216</sup>, cuya particularidad es la de modificar las anteriores normas comunitarias, precisa que los Estados Miembros estaban obligados a garantizar la independencia de las Autoridades Nacionales de Reglamentación (la Directiva no precisa que pueda existir una sola Autoridad, sino que esto dependerá del Estado miembro si crea una sola entidad o crea diversas entidades), con la finalidad de poder aplicar el ordenamiento y disposiciones comunitarias<sup>217</sup> y de que éstas puedan adoptar decisiones

---

regulador y como agente prestador de servicios “Preciso es entender por tanto que ninguna norma o decisión del Derecho comunitario impone una estructura determinada para la materialización de un principio que se considera cardinal dentro del nuevo marco de regulación, y de ello con independencia de que el binomio acumulado de Estado-accionista y Estado regulador acentuaría hasta el abuso la posición dominante de los organismos de explotación. Queda así al ámbito reservado a la iniciativa de los países miembros crear o no organismos reguladores separados e independientes de la Administración tradicional o, simplemente, atribuir a ésta los cometidos que se establecen en ese nuevo marco”.

<sup>215</sup> ALABAU, ANTONIO y GUIJARRO, LUIS. *La política de las Comunicaciones electrónicas de la Unión Europea*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2011.

<sup>216</sup> Considerando 9, no precisa cuales son las obligaciones de los estados miembros con el fin de garantizar la independencia de las Autoridades Nacionales de Reglamentación y la imparcialidad en sus decisiones:

“Considerando que, de conformidad con el principio de separación de las funciones de reglamentación y de explotación, los Estados miembros deben garantizar la independencia de la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones y velar porque la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación de cada estado miembro desempeñen un papel clave en la aplicación del marco reglamentario establecido en la correspondiente legislación comunitaria; que este requisito de independencia se entiende sin perjuicio de la autonomía institucional y las obligaciones constitucionales de los Estados miembros, o del principio de neutralidad con respecto a las normas de los Estados miembros por las que se rige el régimen de propiedad, de conformidad con el artículo 2222 del Tratado que las autoridades nacionales de reglamentación deben disponer de todos los recursos necesarios cuanto al personal, competencia y medios financieros para realizar su función”.

<sup>217</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “Autoridades de reglamentación y telecomunicaciones públicas y su regulación. Especial referencia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*. Director Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, José Vida Fernández (Coordinador). Iustel, Madrid.

imparciales en pro del mercado, para lo cual era necesario que dichas Comisiones contaran con el personal especializado para el cumplimiento de las funciones encomendadas, así como de competencias y de medios financieros suficientes para el ejercicio de sus funciones.

El régimen que se establece respecto a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, se replica en los demás sectores liberalizados conforme a esta Directiva<sup>218</sup>, atendiendo a las particularidades de cada sector y se constituye por:

1. La obligación por parte de los Estados Miembros de dar a conocer cuáles son las tareas encomendadas a la Autoridades Nacionales de Reglamentación
2. Se debe garantizar su independencia; en tal sentido, se indica que éstas deben ser jurídicamente distintas e independientes de los demás organismos, particularmente los suministradores de redes, equipos o servicios, en este caso concreto de telecomunicaciones, pero como observaremos posteriormente esta característica se replica en el sector energético y postal.
3. Las decisiones que se adopten por parte de este tipo de entidades deberán ser recurridas ante autoridades independientes de las partes involucradas, en definitiva, el Poder Judicial.
4. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación, deberán contar la información suficiente y necesaria por parte de los prestadores de servicios o suministradores de redes para la correcta y oportuna aplicación de las normas. Se impone la obligación de establecer mecanismos oportunos para que se pueda recabar la información y las sanciones correspondientes por el no suministro de la misma.

---

2009. Pp., 187-231. *“La introducción por la Directiva 97/51/CE del nuevo texto del artículo 5 bis de la Directiva 90/387/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones, produce una mejor delimitación del concepto de las ANRs, al definir las como organismos independientes, dotados de una serie de funciones públicamente delimitadas, jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de las empresas prestadoras de servicios”.*

<sup>218</sup> Directiva 97/51/CEE. 6) Se insertará el siguiente artículo:

«Artículo 5 bis

1. En el supuesto de que las misiones asignadas a la autoridad nacional de reglamentación en la legislación comunitaria sean llevadas a cabo por más de un organismo, los Estados miembros velarán por que se dé a conocer públicamente cuáles son las misiones que corresponden a cada organismo.
2. Para garantizar la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación:
  - las autoridades nacionales de reglamentación serán jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todos los organismos suministradores de redes, equipos o servicios de telecomunicaciones;
  - los Estados miembros que mantengan la propiedad o un control significativo de los organismos suministradores de redes y/o servicios de telecomunicaciones velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de reglamentación y las actividades asociadas con la propiedad o el control.
3. Los Estados miembros velarán por que existan a nivel nacional mecanismos adecuados en virtud de los cuales una parte afectada por una decisión de la autoridad nacional de reglamentación pueda recurrir ante una instancia independiente con respecto a las partes involucradas.
4. Los Estados miembros podrán tomar medidas para garantizar que las autoridades nacionales de reglamentación puedan obtener de los organismos suministradores de redes y/o servicios de telecomunicaciones toda la información necesaria para aplicar la legislación comunitaria.».



De allí que se pueda concluir que estas entidades no solo cumplen una serie de funciones públicas definidas en las Directivas y en las leyes de su creación, siendo entidades diferentes y funcionalmente independientes de las demás Autoridades Administrativas y prestadores de servicios. En cuanto a su estructura y su funcionamiento se indica que es obligación de los Estados contar con los recursos necesarios en cuanto al personal, competencia y medios financieros, lo cual constituye una verdadera innovación y se constituye en el principal elemento para garantizar la separación estructural en orden a las funciones de prestación y de regulación de los servicios de telecomunicaciones<sup>219</sup> y de esta manera alcanzar los objetivos previstos tanto en las Directivas como en los ordenamientos estatales<sup>220</sup> de contar con un marco uniforme para la Administración de las telecomunicaciones. De ahí la insistencia por parte de todos los instrumentos legales que el nuevo ente regulador fuese imparcial y ajeno a las presiones de los operadores y del Gobierno<sup>221</sup>.

Todos los instrumentos normativos expedidos en este período tenían como horizonte temporal el 1 de enero de 1998; dichos parámetros establecen tres elementos fundamentales para la obtención de estos objetivos, pero es necesario precisar el alcance de la creación de las autoridades nacionales de reglamentación, denominada bajo las siglas ANR<sup>222</sup>:

1. *La abolición de los derechos exclusivos, la puesta en marcha de un nuevo marco regulatorio a nivel nacional y la creación de Autoridades Nacionales de Reglamentación autónomas e independientes, atendiendo a las recomendaciones dadas de que existiera una separación de las funciones de explotación de servicios y las de reglamentación.*

---

<sup>219</sup> DIRECTIVA 97/51/CEE. Art. 5 bis.

<sup>220</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión...* Op. cit. Pp. 39

<sup>221</sup> *Ibíd.* Pp. 39 y ss. El regulador en términos generales debe ser independiente, y su independencia se garantiza a través de un marco legal adecuado que garantice su autonomía respecto de otro tipo de organizaciones y del Gobierno y lo segundo que debe reconocerse que hace no se encuentra ajeno de a los Poderes del Estado, sino que sobre ellas se ejercen controles.

<sup>222</sup> En su estudio sobre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso...* Op. cit. Pp. 24, precisando que ante los trascendentales cambios en el sector y la introducción de nuevos elementos la garantía de un tercero denominado Autoridad Nacionalidad Reguladora que cuente con total autonomía de los agentes, ajeno a los intereses de los operadores y del Ejecutivo, pues sería ilógico que este se inmiscuyera en sus labores y que tuviera una vinculación directa en cuanto a su presupuesto, para lo cual se estableció por parte de los instrumentos comunitarios su financiación a través de diversas tasas o cuotas, en aras de garantizar su independencia financiera. “*La presencia de una ente regulador independiente, debe sacar a la luz de las cuestiones que necesariamente hay que tener en cuenta, respecto de la regulación de las telecomunicaciones. Así, la distinción entre la labor de fomento y normativa y la labor de vigilancia y control, es esencial para una regulación afortunada. Las tareas control y vigilancia, básicamente consistían en el control del cumplimiento de las concesiones y autorizaciones, fiscalización de las prácticas restrictivas de la libre competencia, así como régimen sancionador. El arbitraje y laudo, supondrá la intermediación para solventar conflictos entre operadores, extendiéndose, incluso a conflictos entre los operadores y determinados usuarios. Todas estas funciones, deben ser encomendadas a un ente que carezca de relación directa con los operadores de las redes y servicios, de manera que alcance de este modo una independencia real efectiva, evitando por tanto, cualquier tipo de parcialidad, para lo cual el ente gozará de independencia financiera, alcanzada a través del establecimiento de tasas o cuotas en virtud de los servicios que proporcione.*”

Para la consecución de ese objetivo de competencia plena, se expidieron diferentes Directivas para los diferentes sectores y hubo de adaptarse la legislación existente en cada uno de los mercados a ese objetivo, precisándose en cada Directiva la necesidad de adopción de una reglamentación de cada servicio por una entidad independiente de los prestadores y del Estado. Así lo precisó la Directiva 98/13/CE que modificó las Directivas 91/263/CE y 93/97/CE sobre reconocimiento mutuo de certificados de conformidad y la Directiva 99/5/CEE que extiende aquella a los equipos y terminales de radio.( Así, mediante este “paquete” se produce la liberalización; vid así la *Directiva 96/2/CE* de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE, en relación con las comunicaciones móviles y personales en la que se eliminan los derechos exclusivos, y se permite a los nuevos operadores implantar nuevas infraestructuras y se garantiza la interconexión entre las redes. *Directiva 96/62/CE* ONP de telefonía vocal que, aunque no aplicándose a los servicios móviles, armoniza la interconexión de las redes fijas y móviles. *Directiva 98/10/CE* ONP de telefonía vocal, tanto para los servicios fijos como móviles, que modifica la 96/62/CE. *Directiva 95/62/CE* ONP de telefonía vocal de 13 de diciembre de 1995 por la que se armonizaban los derechos y las obligaciones de los operadores y usuarios tras la liberalización, tenía por objeto la armonización de las condiciones necesarias para garantizar un acceso abierto y eficaz a las redes telefónicas públicas, la armonización de las condiciones de utilización de dichas redes y servicios y la oferta en toda la Comunidad de un servicio armonizado de telefonía vocal. *Directiva 96/19/CE de la Comisión* Directiva de plena competencia, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones Esta Directiva reafirmaba la fecha de la liberalización para el 1 de enero de 1998<sup>223</sup>).

Es a partir de este año donde se concreta la incorporación de las normas de competencia a la regulación sectorial, en sentido de aplicar las metodologías para determinar a operadores con posición de dominio, tal como se consagrado en la DOC 1998 C 265/2, “*Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos en el sector de las telecomunicaciones. Marco de jurídico, mercados de referencia y principios*”. La finalidad era, a través de la aplicación de las técnicas provenientes del Derecho de la Competencia, poder regular mediante la imposición de obligaciones jurídicas en pro del mercado de referencia y de los usuarios; lo que se le ha denominado como la regulación *ex ante*. El inconveniente, como lo precisa MONTERO PASCUAL<sup>224</sup> era que pueden existir inconvenientes en la determinación de la operación dominante, en el sentido de que las autoridades competencia y las autoridades reguladoras, pueden analizar mercados de referencia distintos lo cual puede conducir a determinación de mercados diferentes<sup>225226</sup>.

<sup>223</sup> DOC 1998 C 265/2, Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos en el sector de las telecomunicaciones. Marco de jurídico, mercados de referencia y principios

<sup>224</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ “Regulación económica...Op. cit. Pp. 99

<sup>225</sup> *Ibíd.* Pp. 99. Sobre el particular afirma “En particular, el paralelismo entre el concepto de empresa dominante, propio del ámbito del Derecho de la competencia y el concepto de regulador del operador con poder significativo en el mercado es evidente. Rara vez se considera que una empresa es dominante si acapara menos del 40%-50% de la cuota de mercado. La regulación comunitaria originalmente impuso

En el año de 1999, se presenta a consideración de los Estados miembros de la Unión un nuevo documento titulado “*Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados: revisión de 1999 del sector de las comunicaciones*”. La finalidad era realizar una revisión del mercado de las telecomunicaciones que condujera a la determinación de un nuevo marco para las comunicaciones electrónicas, cuyo objetivo fundamental era la consolidación de un único mercado; para lo se sugirió contar con un marco normativo más simplificado, que contara con una Directiva Marco y cuatro Directivas dirigidas a regular materias específicas como lo eran: Servicio Universal, acceso e interconexión, autorizaciones y licencias y protección de datos en el sector las telecomunicaciones y una Decisión sobre el espectro radioeléctrico<sup>227</sup>.

La revisión del marco vigente y el establecimiento de uno nuevo, buscaban que se consolidaran cuatro principios fundamentales: Promover un mercado europeo abierto y competitivo para los servicios de comunicaciones; garantizar a los ciudadanos el acceso asequible a un servicio universal especificado a escala europea; establecer mecanismos de protección a los consumidores en sus relaciones con los proveedores; e instaurar un elevado nivel de protección de datos y de la intimidad personal, así como de transparencia en las tarifas y en las condiciones de usos de los servicios; lo anterior con el fin de consolidar el mercado interior en un entorno convergente mediante la supresión de los obstáculos existentes a la oferta de redes y servicios de comunicaciones.

Asimismo, el documento presentado en el año de 1999, incorporo cinco principios fundamentales en materia de regulación, tendentes a potenciar la competitividad, el crecimiento económico y la reducción de la regulación. Se señala, que solo habrá lugar a la misma, cuando

---

*obligaciones exorbitantes a aquellos operadores cuya cuota de mercado sea superior al 25%. De este modo se elimina la dificultad consistente en demostrar la posición de dominio. Así, operadores que difícilmente entrarían en el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia, como los líderes de oligopolios, estaban claramente sujetos a las obligaciones regulatorias. De hecho, las nuevas directivas sobre telecomunicaciones eliminaron esta distinción y disponen que un operador gozará de un poder significativo en el mercado cuando disfrute de una posición dominante con arreglo a las normas de defensa de la competencia. La aplicación de este mismo criterio para que distintas administraciones pongan en práctica diferentes mecanismos puede provocar, no, obstante, incoherencias y que las autoridades de competencia y las autoridades reguladoras tomen en consideración distintos mercados de referencia”*

<sup>226</sup> MARTI DEL MORAL, ANTONIO. *La Comisión...* Op.cit. Pp. 60 y ss. La finalidad de este amplio conjunto de Directivas tenían como finalidad la apertura del mercado y la consolidación de la competencia, lo cual se concreta en cuatro aspectos a desarrollar por parte de este tipo de instrumentos. El primero consistente en la adopción de una serie de medidas tendentes para la liberalización del sector y por consiguiente la eliminación de los monopolios, un segundo aspecto la necesidad imperiosa de contar con normas y procedimientos armonizados en el seno de la Comunidad Europea en ese entonces en todos los mercados. Tercero, criterio fundamental de esta tesis doctoral, el establecimiento de las autoridades nacionales de reglamentación, resultado de la separación de las actividades de reglamentación y prestación de los servicios. Cuarto, la utilización de las normas provenientes del derecho de la competencia con la finalidad de que estas pudieran concretarse en una competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

<sup>227</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNANDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS. “*La liberalización de las Telecomunicaciones: Elementos Esenciales y Nuevo Marco Regulatorio Comunitario.*”. En: VVAA. *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones.* Director Tomás Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo. Cuadernos de Derecho Judicial. VI-2003. Madrid: Centro de Documentación Judicial, 2003.

fuese indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos, las condiciones de los operadores o cuando los mecanismos existentes no garantizan la competencia plena en el mercado. La finalidad en sí de la regulación, es que exista un marco regulador adecuado y adoptable a los tiempos y con reglas claras y precisas que respondieran a la seguridad jurídica de las relaciones entre el Estado, los operadores y ciudadanos.

El Nuevo Marco Regulador se expide en el año 2002, conformado por una Directiva Marco, y cuatro directivas adicionales como se precisaba en el documento regulatorio<sup>228229</sup>. La particularidad de estos instrumentos comunitarios es que continúan con el proceso de la incorporación de la libre competencia en los mercados regulados, de la existencia de nuevos operadores, así como la protección de los derechos de los usuarios, de la intervención mínima de las Administraciones y la vigilancia y supervisión en la correcta prestación de los servicios públicos y otras obligaciones de servicio público, como principales aspectos<sup>230</sup>.

La Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco)<sup>231</sup>, se convierte en la columna vertebral de este nuevo marco. El objetivo era establecer un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados. En lo correspondiente a las autoridades nacionales de reglamentación se instaura una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Comunidad Europea y por ende que fueran plenamente independientes, imparciales e transparentes<sup>232</sup>. Señalándose, además, que éstas deben ser jurídicamente diferentes a las

---

<sup>228</sup> DIRECTIVA 2002/21/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva marco"); DIRECTIVA 2002/20/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva de autorización"); DIRECTIVA 2002/19/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión ("Directiva de acceso") y DIRECTIVA 2002/22/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de marzo, relativa al servicio universal ("Directiva de servicio universal").

<sup>229</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. *"Autoridades de reglamentación...Op. cit. Pp. 206.* En el ámbito español la transposición del Paquete de Directivas, se realizó a través de la ley 32/2003, que precisa en su exposición de motivos el objeto de la transposición: *"(...) incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la normativa comunitaria citada, respetando plenamente los principios recogidos en ella, aunque adaptándola a las peculiaridades propias del derecho y a la situación económica y social de nuestro país. Esto último, además, propiciado por el instrumento jurídico formal en que se plasma la regulación comunitaria, esto es, la directiva, que permite que los Estados miembros elijan la vía idónea para incorpore a cada país la regulación armonizada".*

<sup>230</sup> *Ibíd.* Pp. 207.

<sup>231</sup> El nuevo marco regulador previsto para el 2002, viene precedido de 4 Directivas relativa al acceso a las redes, servicio universal, autorización de redes y servicios y el marco común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y de una Decisión 676/2002/CE relacionada sobre el marco regulador de la política del espectro.

<sup>232</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado. Tercera edición, ampliada, reformada y actualizada.* Navarra: Arazandi- THOMSON REUTERS, 2010.

entidades prestadoras de los servicios y de las otras entidades estatales<sup>233</sup>, estableciendo sus particularidades y funciones conforme al marco regulador en el Capítulo II, titulado Autoridades Nacionales De Reglamentación<sup>234</sup>. Resumiendo los artículos dedicados a estas entidades, las líneas argumentativas dadas por la jurisprudencia comunitaria afirman que se consideraba como un elemento fundamental la separación funcional para el desempeño de las funciones atribuidas a las ANRs<sup>235</sup>. Este criterio es reiterado de manera enfática en la modificación incorporada a este marco normativo en el año 2009<sup>236</sup>. Se trata de generar entidades encargadas de monitorear los mercados y determinar de manera *ex ante* las condiciones de competencia en los mercados definidos y determinar si en los mismos es necesario la imposición de obligaciones a los operadores participantes o a un operador específico que ostente la condición de operador con una posición significativa en el mercado, una vez se aplique las metodologías específicas para su determinación<sup>237</sup>. Todo ello a efectos

---

<sup>233</sup> Como se indica en el considerando 11 de la Directiva indicando,

(11) De conformidad con el principio de separación de las funciones de regulación y de explotación, los Estados miembros deben garantizar la independencia de la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones. Este requisito de independencia se entiende sin perjuicio de la autonomía institucional y de las obligaciones constitucionales de los Estados miembros, ni del principio de neutralidad con respecto a las normas de los Estados miembros por las que se rige el régimen de la propiedad establecido en el artículo 295 del Tratado. Las autoridades nacionales de reglamentación deben disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia y medios financieros para el cumplimiento de sus misiones.

<sup>234</sup> Sobre el particular es necesario traer a colación la sentencia proferida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de marzo de 1991, donde se precisan algunas formas organizativas con las que se podrían contar y aluden a la posible creación de autoridades independientes encargadas de cumplir con unas funciones en especial las correspondientes a garantizar la plena competencia en el mercados, como se precisa en el apartado 51, así como la posibilidad de crear una entidades ajenas a las Administraciones del Estado. TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso...* Op. cit. Pp.16-17, quien señala que esta Sentencia no impone modelos organizativos pero alude a otros criterios determinantes para el sector los cuales serán reconocidos posteriormente en otros instrumentos comunitarios, sobre el particular vale la pena destacar de acuerdo a lo previsto por Terrón lo siguiente “*La Sentencia no impone modelos organizativos concretos, pero que el texto resalte que otorgar ‘a una empresa que comercializa aparatos terminales, de controlar su aplicación y de homologar dichos aparatos’, es lo mismo que proceder a ‘atribuirle la facultad de determinar a su arbitrio qué aparatos terminales podrán ser conectados a la red pública y a concederle de este modo, una ventaja evidente sobre sus competidores’, o lo que es lo mismo aunar la facultad de regulación con el suministro’. Del mismo modo, imponer ciertamente no se impone un modelo concreto, pero se perfilan tanto las funciones que a los Estados miembros se les da prácticamente definido el modelo mismo. De poco o de nada sirve la forma sin un fondo que la sustente y, en este caso, el fondo viene impuesto directamente por los órganos comunitarios.*”

<sup>235</sup> STJCE del 13 de diciembre de 1991(TCJE 1991, 318), asunto C-18/88, Régie des télégraphes (RTT) v GB-INNO-BM.

<sup>236</sup> DIRECTIVA 2009/140/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Considerando 13 de la mencionada Directiva.

<sup>237</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “*Regulación económica*. Op. cit. Pp. 99. “...En los mercados liberalizados, las autoridades deben garantizar además su aparición. En este sentido, se ha considerado necesario imponer obligaciones *ex ante* para garantizar que la intervención protege a los operadores aún presente en el mercado, y no aquellos que han sido expulsados del mercado a raíz de las actividades contrarias a la competencia de los operadores que ocupan una posición dominante. La intervención *ex ante*

de crear mercados competitivos, pero también se precisa en la Directiva, que se deben tener en cuenta otros factores que pueden incidir en la innovación del sector por lo que se prevén medidas proporcionales, que no distorsionen el normal funcionamiento del mismo<sup>238</sup>. En cuanto al papel del Poder Ejecutivo, éste es el encargado de definir el diseño de la política sectorial en materia de las telecomunicaciones, lo que implica que son los encargados de la dirección política y de la potestad reglamentaria general y de los organismos reguladores independientes de la ejecución de esa política, conforme a los objetivos previstos tanto por el Ejecutivo nacional como Europeo<sup>239</sup>.

Se precisa que este tipo de entidades no estarán sujetas a ningún tipo de instrucciones u órdenes dadas por otra entidad, para el cumplimiento de las tareas encomendadas. También se indica los criterios para la cesación del cargo de los directivos y los supuestos en los cuales el ejecutivo puede interferir para que las personas designadas en dichas posiciones dejen su cargo, destacándose que los períodos en los que desempeñaran las funciones son superiores o no coincidentes con los períodos del parlamento y del ejecutivo<sup>240</sup>.

La finalidad de este articulado es que este tipo de autoridades puedan realizar las labores de supervisión y control de manera neutral y eficaz<sup>241</sup>, adoptando decisiones en pro del mercado y no de los intereses particulares de los agentes prestadores de redes y servicios y del Estado. Todas sus decisiones tendrán en cuenta criterios técnicos y jurídicos, de allí que los miembros designados tengan un conocimiento amplio de este sector, lo cual garantiza no solo su independencia, sino la imparcialidad y transparencia de las medidas adoptadas<sup>242</sup>.

---

*es más eficaz y garantiza una mayor seguridad a los nuevos operadores. Las nuevas directivas mantienen la intervención ex ante en los mercados donde existen graves distorsiones”.*

<sup>238</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “Autoridades de reglamentación...Op. cit. Pp. 207. (...Precisamente, la Comisión Europea, en una comunicación de 11 de noviembre de 2005, manifiesta la necesidad por parte de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de no considerar, en sus labores de análisis de mercados, única y exclusivamente el cumplimiento de una de las finalidades incluidas en el artículo 8.2 de la Directiva 2002/21/CE. De acuerdo con la Comisión, sin embargo, deberá tomarse siempre en consideración como guía interpretativa de dichas finalidades el fomento de la competencia en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónica. Concretamente, en las páginas 4 a 5 de la comunicación anteriormente citada la Comisión Europea manifestó que:

*<<De acuerdo con el artículo 8.2 de la Directiva Marco, las Autoridades Nacionales de Reglamentación deberán fomentar la competencia en la puesta a disposición de servicios de comunicaciones electrónicas. Por ello, resulta totalmente legítimo estimular las inversiones económicas en infraestructuras y el fomento de la innovación, sin embargo, también deberá considerarse que no se produzcan distorsiones o impedimentos a la competencia en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y que los consumidores obtengan el mayor beneficio con relación a elección, precios y calidad”.*

<sup>239</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión del Mercado...* Op.cit. Pp. 45.

<sup>240</sup> GRETEL 2004. *El Nuevo marco Europeo de las Comunicaciones Electrónicas y su implantación en España. Cuaderno 1: Análisis de la nueva Regulación Europea de las Comunicaciones Electrónicas*. Madrid. 2004.

<sup>241</sup> DIRECTIVA 2009 /140/CE, considerando 16.

<sup>242</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. *Telecomunicaciones:...* Op. cit. Pp. 67

La Directiva 2009/140/ CE, alude también a la creación de nuevos escenarios competitivos. Establece la creación de nuevos espacios en los que se puedan garantizar la inversión, ya sea para el desarrollo de nuevas redes - en este caso particular las redes de Nueva Generación (NGNs) - o de cualquier tipo de infraestructura, que permita contar con nuevas ofertas económicas y laborales, todo bajo el marco de una regulación de carácter previsible y coherente a los tiempos<sup>243</sup>, con prácticas regulatorias adecuadas que permitan la aplicación del marco regulador para contribuir de manera eficaz al desarrollo del mercado interior<sup>244</sup>, como se indica en el Artículo 7 ter, literal h):

h) se añade el apartado siguiente:

*«5. Las autoridades nacionales de reglamentación, para lograr los objetivos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, por ejemplo, a través de lo siguiente:*

*a) promoviendo un entorno regulador previsible, garantizando un enfoque regulador coherente en períodos de revisión apropiados;*

*b) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas;*

*c) salvaguardando la competencia en beneficio de los consumidores y promoviendo, cuando sea posible, la competencia basada en las infraestructuras;*

*d) fomentando la inversión eficiente orientada al mercado y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, incluso asegurando que toda obligación relativa al acceso tenga debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras y permitiendo diferentes modalidades de cooperación entre los inversores y las partes que soliciten el acceso, con el fin de diversificar el riesgo de las inversiones y velar por que se respeten la competencia en el mercado y el principio de no discriminación;*

*e) teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas regiones geográficas de los Estados miembros;*

*f) Imponiendo obligaciones reglamentarias ex ante únicamente cuando no exista una competencia efectiva y sostenible, y suavizando o suprimiendo dichas obligaciones en cuanto se cumpla dicha condición.».*

Asimismo, se reitera en varios apartados de esta Directiva, la garantía del independencia del regulador, como un elemento que permite aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones, para lo cual se debe buscar las formas para evitar cualquier tipo de interferencia ya sea por parte de la Administración Pública o por parte de los regulados para la toma de decisiones. Se aconseja contar con normas donde se establezca claramente los motivos para el cese del cargo, el régimen de incompatibilidades e incompatibilidades, tratando de buscar de

---

<sup>243</sup> Considerando 9 y Considerando 53 “Es preciso fomentar conjuntamente las inversiones eficientes y la competencia, con el fin de incrementar el crecimiento económico, la innovación y la elección de los consumidores”.

<sup>244</sup> Considerando 18.

esta forma neutralidad e imposibilidad de algún tipo de interferencia exterior, sumando al régimen presupuestario de estos organismos.<sup>245</sup>

### 1.1.3.2. Energía

La liberalización en el sector eléctrico en el contexto comunitario se gesta en la década los noventa, como producto del análisis y experiencia del modelo británico<sup>246</sup>; pero es en la década de los ochenta<sup>247</sup> donde se encuentran las primeras referencias de este proceso, en los documentos y resoluciones expedidos tanto por la Comisión<sup>248</sup> y el Consejo<sup>249</sup>, en los que se precisaba que era indispensable que se contara con una mejora en la seguridad de abastecimiento, se diera una apertura a la competencia y por consiguiente que esto condujera una reducción de los costes<sup>250</sup>. De allí que surjan diferentes documentos dedicados a mejorar aspectos puntuales del sector energético como lo eran la seguridad de abastecimiento, la reducción de costes y el reforzamiento de la competitividad<sup>251</sup>.

Las anteriores consideraciones y las propuestas necesarias para la consecución de un mercado interior energético para el año 1993, se concretan en el documento de trabajo denominado “*Mercado Interior de la Energía*”, puesto en conocimiento por parte de la Comisión para su

---

<sup>245</sup> Considerando 13. Lo expuesto en este considerando se concreta en la modificación introducida a la Directiva 21/2002/CE señalando: a) el apartado 3 se sustituye por el texto siguiente: <<3. Los Estados miembros velarán porque las autoridades nacionales de reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad, transparencia y a su debido tiempo. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación dispongan de recursos financieros y humanos adecuados para desempeñar las tareas que se le hayan asignado>>.

<sup>246</sup> El principal instrumento de esta experiencia se encuentra en el Libro Blanco denominado *Privatizing Electricity. The Government's Proposal for the Privatization of the Electricity Supplies Industry in England and Wales*, HMSO, Cmnd, 322, Londres, 1988.

<sup>247</sup> GARCIA MEZQUITA, YOLANDA. “*El mercado de energía en la Unión Europea*”. En: ECONOMIAUnam. Vol. 3, No 9.Pp 89-113.México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. Señalando:

*La construcción del mercado de la energía se planteó por primera vez en 1988, considerándose como pieza básica en la articulación de una política energética común, y persiguiendo como objetivo principal suministrar los productos energéticos al precio más bajo posible, con las mismas condiciones de seguridad de suministro y calidad de servicio. El año 1992 la Comisión Europea formalizó un marco regulador para la creación del mercado interior de la electricidad, al establecer un calendario que incorporara progresivamente mecanismos de competencia en las actividades eléctricas. De forma paralela, se configuró el mercado del gas natural con el mismo esquema de introducción de la competencia.*

<sup>248</sup> DOCUMENTO DE LA COMISIÓN SOBRE LA POLÍTICA ENERGÉTICA DE 28 DE MAYO DE 1985

<sup>249</sup> RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1986 Y 2 DE JUNIO DE 1987.

<sup>250</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético. Tomo I*. Director SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. Madrid. Iustel, 2009.

<sup>251</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Conferencia: La regulación de los sectores energéticos: Una visión general*”. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energías: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.



discusión en 1988, que promulgaba la cooperación de los Estados y la creación de redes de transporte y de interconexión efectiva, como elementos fundamentales y esenciales para la apertura plena del sector energético en el marco de la Unión Europea<sup>252</sup>.

En el año de 1990, se promulga la Directiva del Consejo de 29 de junio de 1990<sup>253</sup>, la cual se convierte en el primer instrumento normativo, cuyo objetivo fundamental era establecer una política energética unitaria en Europa, evitar que se falseara la competencia y que los usuarios pudieran escoger libremente las fuentes de energía y los proveedores de servicios. Es en ese mismo año cuando se expide la Directiva de 29 de octubre de 1990<sup>254</sup>.

Pero es la Directiva del Parlamento y del Consejo Europeo 96/92/CE<sup>255</sup>, sobre el mercado de la electricidad, donde se establecen las normas definitivas para garantizar la liberalización del sector energético en todas sus áreas (generación, transporte, distribución y comercialización)<sup>256</sup>,

---

<sup>252</sup> Ibíd. Pp. 51 y ss. Sumados a este importante documento se destacan otros documentos que complementan el proceso iniciado orientado a la liberalización del sector energético. Sobre el particular el autor destaca: *“Los documentos de la época primaron sobre todo la cooperación estable entre los Estados y la supresión de los obstáculos de los intercambios de productos energéticos así como la creación de grandes redes de transporte y su interconexión [Consejo Europeo de Roma de 14 y 15 de diciembre de 1990, Conferencia ministerial de La Haya de 16 y 17 de noviembre de 1991, y art. 129.b) del Tratado de la Unión Europea.]”*

<sup>253</sup> DIRECTIVA DEL CONSEJO de 29 de junio de 1990 relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad (90/377/CEE) (DO L 185 de 17.7.1990, p. 16), como se precisa en los considerandos de esta Directiva:

*Considerando que dicha transparencia puede contribuir a eliminar las discriminaciones para con los consumidores, al posibilitar que éstos puedan optar libremente entre fuentes de energía y proveedores;*

*Considerando que, actualmente, el grado de transparencia no es igual para todas las fuentes de energía ni en todos los países y regiones de la Comunidad, lo cual pone en peligro la realización del mercado interior de la energía;*

*Considerando, sin embargo, que el precio que paga la industria de la Comunidad por la energía que consume es uno de los factores de que depende su competitividad y que, por ello, ha de protegerse su confidencialidad;*

*Considerando que el sistema de consumidor tipo que utiliza la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (OECE) en sus publicaciones sobre precios y el sistema de precios señal que se aplicará a los grandes consumidores industriales de electricidad hace posible que la transparencia no se oponga a la protección de la confidencialidad;*

<sup>254</sup> DIRECTIVA DEL CONSEJO de 29 de octubre de 1990 relativa al tránsito de electricidad por grandes redes (90/547/CEE)

<sup>255</sup> DIRECTIVA 96/92/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 19 DE DICIEMBRE DE 1996, SOBRE NORMAS COMUNES PARA EL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD.

<sup>256</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Introducción al sector energético:...”* Op. Cit. Pp.28. Quien precisa que la Directiva proferida en el año 1996, es producto de un largo proceso de elaboración, atendiendo a que muchos aspectos introducidos en este instrumento afectaba aspectos tradicionales decantados en materia energética por parte de los Estados, de allí que este instrumento solo viera la luz 6 años después de la publicación de las Directivas del año 1990. Tal como precisa este autor, la exposición de motivos de la Directiva precisa la importancia de esta norma en el entorno comunitario como una operación transcendental en los siguientes términos: *“particularmente importante para la racionalización de la producción, el transporte y la distribución de la electricidad, al tiempo que se refuerza la seguridad del abastecimiento y la competitividad de la Comunidad Europea, respetando la protección al medio ambiente. La introducción de competencia en el sector debe resultar de la separación de funciones de transporte y las demás actividades de que puedan desarrollar empresas integradas verticalmente; también la imposición de la separación de las*

así como la separación de cuentas entre las actividades de generación, transmisión y distribución y de forma consolidada para otras actividades no eléctricas<sup>257</sup> y de la transformación en cuanto a las estructuras y la organización del mismo, producto de un largo proceso en su elaboración<sup>258</sup>, aunque con criterios moderados para la apertura de los mercados energéticos<sup>259</sup>. En síntesis, el objetivo fundamental de la Directiva era la eliminación las barreras existentes, fueran estas físicas o técnicas que impedían la creación en un mercado un mercado único de la electricidad<sup>260</sup>, lo cual implicaba la incorporación de una serie de principios orientados a la consecución de este mercado, por parte de cada uno de uno de los Estados de manera gradual, de que se garantizaran algunos servicios públicos o servicios de interés general con las sucedáneas obligaciones de servicio público<sup>261</sup>.

Las modificaciones introducidas para garantizar la liberalización fueron:

- Generación: La necesidad de construir nuevas centrales, para lo cual se establecieron dos tipos de procedimientos para la consecución de este objetivo, licencia o autorización.
- Respecto a las licencias, solo podrían ser concedidas de acuerdo con la evolución de la demanda.
- Las autorizaciones, solo se concedían siempre y cuando se cumplieran por parte de los solicitantes los requisitos previstos por parte de la Administración.

---

*actividades de producción y de distribución, al menos en el nivel contable; y, en fin, la mayor transparencia posible en todo las empresas que actúan en el sector”.*

<sup>257</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. *“La regulación de la economía... Op. cit. Pp. 24. “Es otra de las reglas básicas del Derecho europeo en su particular empeño contra la promiscuidad y confusión de funciones y cometidos en la medida en que puedan situar a aun operador o una empresa en una situación de privilegio que desnaturalizase el juego de la libre competencia. Es una situación muy factible en sectores en lo que se advierten fases de actividad y explotación diferenciadas, como es el caso claro de la energía: generación, transporte, distribución”.*

<sup>258</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. *“El mercado interior del gas a tenor... Op. cit. Pp. 1225. Quien precisa que el primer paquete comunitario, reconoció un cierto grado de liberalización en el sector de la electricidad y del gas, para lo cual se dio apertura de la oferta tras la eliminación de las barreras de entrada para el ingreso de nuevos operadores.*

<sup>259</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. *“El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”.* EN VVAA: *Noticias de la Unión Europea*, N° 284, 2008 (Ejemplar dedicado a: El mercado interior de la electricidad). Pp. 17-24. No podemos dejar de lado la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, relativa a normas comunes para el mercado interior del gas.

<sup>260</sup> DE LA CRUZ FERRER, JUAN. *“El mercado interior de la Electricidad: Perspectiva Jurídica”.* EN VVAA: *Regulación Sectorial y Competencia*. Civitas Ediciones. Madrid. 1999. Pp. 25-65. *“La aprobación de esta norma supone, en todo caso, un paso importante, que algunos califican de arriesgado en cuanto introduce cambios radicales en el sector rígidamente estructurado y que, sin embargo, otros- entre los que podría contarse la Comisión Europea. Consideran insuficiente ya que sólo prevé la liberalización del 33 por 100 del mercado eléctrico- No obstante, hemos de tener en cuenta que la propia Directiva prevé la revisión periódica de sus disposiciones a media que se vaya haciendo realidad la liberalización que promueve, y que esta revisión es un mecanismo para llegar a un grado de mayor liberalización”.*

<sup>261</sup> *Ibíd.* Pp. 29 y ss.

- Transmisión: Se establece en esta Directiva la necesidad de contar con un gestor de red encargado de la explotación, mantenimiento y desarrollo de la red de transmisión. Asimismo, en lo correspondiente al acceso a la red, se determinó que los Estados podrían elegir entre el acceso de tercero a la red regulado o negociado, y el comprador único<sup>262</sup>.

Para lo cual determinó los siguientes criterios en cuanto al acceso:

1. Acceso a red negociado: los productores, empresas de suministro y los clientes cualificados y exteriores al territorio que abarque la red, podían celebrar contratos de suministros entre sí, pero tendrían que negociar el acceso a la red con su operador, fijando una tarifa a pagar por el servicio de transporte<sup>263</sup>.
  2. Acceso regulado a la red: Los clientes con calidad cualificada tenían derecho el acceso, pagando para ello las tarifas publicadas para la utilización de las redes de transmisión y distribución.
  3. Comprador único: La Directiva lo definió como una persona jurídica encargada de asumir toda la responsabilidad de la gestión unificada de todas las redes de transmisión o de la compra y de la venta centralizada de electricidad<sup>264</sup>.
- Separación y transparencia de cuentas: se determinó que todas las empresas eléctricas integradas deberían llevar su contabilidad interna partidas separadas para sus actividades de generación transmisión y distribución<sup>265</sup>, precisando que esta obligación sólo hace alusión a la separación contable de este tipo de actividades, excluyendo la segregación de los negocios en lo que corresponde a la titularidad y gestión a personas jurídicas diferentes.
  - Distribución: Los Estados miembros podrían exigir a las compañías de distribución la obligación de suministrar la electricidad a todos los clientes en su área de actividad. Asimismo, se determinó que las tarifas podrían ser reguladas para poder garantizar igualdad de trato.

<sup>262</sup> DE LA CRUZ FERRER, JUAN. “El mercado interior europeo de la electricidad”. En VVAA: *Noticias de la Unión Europea*, Nº 284, 2008 (Ejemplar dedicado a: El mercado interior de la electricidad). Pp. 25-34.

<sup>263</sup> GARCIA MEZQUITA, YOLANDA. Op. cit. Pp. 94.

<sup>264</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Conferencia: La regulación de los sectores...” Op. cit. Pp. 54, quien precisa que la apertura dada en el sector eléctrico se centró en 4 grandes instrumentos para desarrollar la liberalización de este sector siendo:

- Medidas de separación entre la función de transporte y las demás actividades que puedan desarrollar empresas integradas verticalmente.
- Separación de las actividades de producción y distribución de las empresas integradas verticalmente.
- Transparencia de contabilidades.
- Vigilancia de la competencia para evitar abusos de posición dominante.

<sup>265</sup> La obligación para las empresas de llevar cuentas separadas se encontraba contenida en los artículos 13 y siguientes de la Directiva señalando: “las actividades de generación transporte y distribución y, en su caso, de forma consolidada para otras actividades no eléctricas tal como se les exigiría si dichas actividades fuesen realizadas por empresas distintas, a fin de evitar las discriminaciones, las subvenciones cruzadas y los falseamientos de la competencia”.

- La Vigilancia permanente de los mercados y de la competencia, con el fin de evitar abusos de la posición de dominio.

Sin embargo, las dos Directivas, no hacen referencia a la necesidad con una autoridad administrativa independiente<sup>266</sup> encargada de supervisar el sector, de garantizar la competencia y la posibilidad de contar con un mercado eficaz, como afirma SORIANO GARCÍA<sup>267</sup>, en el sentido de que este tipo de entidades, no sólo se encargan de regular y ejecutar las políticas sectoriales sino que se constituyen en el punto de encuentro entre los agentes participantes en el sector y el Estado. Las características de estas agencias eran su neutralidad, imparcialidad e idoneidad, creación que no se dio, debido a los diversos intereses tanto del Gobierno y de los operadores de no contar con un ente independiente encargado de establecer las reglas aplicables en un mercado concreto.

Posteriormente, el 26 de junio de 2003 se promulga la Directiva 2003/54/CEE<sup>268</sup> y la Directiva 2003/55/CE<sup>269</sup>, por medio de las cuales se deroga el anterior marco vigente. Incluyen las principales medidas que habían sido incorporadas en la Directiva del año 96, pero incorporan los aspectos fundamentales para la consolidación de la liberalización del mercado del sector eléctrico, precisando que para que exista un mercado interior de electricidad, debe eliminarse cualquier tipo de barrera que genere ineficiencias y restricciones para el mercado<sup>270</sup>. Asimismo, establecen las fechas límites para la apertura de los mercados, determinando que para los consumidores no domésticos la fecha máxima de dicha apertura era el 1 de julio de 2004 y para los consumidores domésticos a partir del 1 de julio del 2007<sup>271</sup>.

Las nuevas Directivas enfatizan la necesidad de la existencia de un mercado único, siendo imprescindible la eliminación de las barreras estructurales que conducen a la ineficiencia del mercado y de cualquier elemento que conduzca a la generación de algún tipo de ventaja a un

---

<sup>266</sup> Esta posición no es compartida por toda la doctrina, en particular por BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. *“Reguladores Nacionales y Europeos en el Mercado Interior de la Electricidad. La futura agencia de cooperación de reguladores de la energía”*. En VVAA: *Derecho de la competencia y energía eléctrica*. Navarra: Civitas Aranzadi, 2009. Pp. 197-227, precisando que efectivamente las Directivas expedidas en los años 1996 y 1998 ya hacían referencia a una autoridad encargada de velar por la efectiva consolidación del mercado de la energía tanto a nivel nacional como a nivel comunitario. En tal sentido indica: *La primera referencia de la normativa comunitaria a los reguladores se contiene en las Directivas sobre electricidad (1996) y gas (1998), primer paso para la creación de un mercado único en tales sectores. En ellas se autorizaba a los Estados a crear una “autoridad competente” con ciertas funciones (por ejemplo, la resolución de conflictos relativos al sector eléctrico).*

<sup>267</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. *“El mercado interior del gas a tenor...”* Op. cit. Pp. 1226

<sup>268</sup> DIRECTIVA 2003/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.

<sup>269</sup> DIRECTIVA 2003/55/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE. (DO L 176 de 15 de julio)

<sup>270</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Introducción al sector energético:...”* Op. Cit. Pp. 30-31. Quien alude que esta Directiva trato de solucionar problemas tales, como el abuso de las posiciones de dominio, la existencia de un sistema tarifario no discriminatorio para poder acceder a la red, basado en tarifas publicadas con anteriormente, entre otros aspectos que pretenden ser solucionados con esta norma.

<sup>271</sup> BEL I QUERALT, GERMA; CALZADA, JOAN y FAGEDA, XAVIER. *“Liberalización y competencia...”* Op.cit. Pp.124.

operador. Asimismo, precisan, que se debe evitar el abuso de las posiciones de dominio<sup>272</sup> y la existencia de tarifas públicas, y añaden una clara protección para los pequeños clientes<sup>273</sup>, por lo cual se incorporan las reglas del derecho de la Competencia, como el principal instrumento para garantizar la consolidación de un mercado único europeo en materia de energía (Electricidad y Gas)<sup>274</sup>.

Las reformas incorporadas se pueden resumir en los siguientes aspectos<sup>275</sup>:

### ***1. Separación de actividad.***

Para la consecución de la competencia en el sector energético, se considera por parte de la Comisión que era indispensable contar con una separación efectiva entre las labores de prestación, distribución y comercialización y la separación de las labores de prestación del servicio y la actividad de regulador por parte del Estado, atendiendo, a que la consolidación de la competencia implica que los agentes participantes en el sector cuenten con los mismos derechos y atribuciones y no contar con privilegios. Por lo tanto, en el supuesto de que el Estado o alguna entidad perteneciente a éste tuvieran algún tipo de privilegio (propiedad, etc), no podrían contar con ninguna prerrogativa normativa, criterio que justifica la creación de las Autoridades Independientes<sup>276</sup>.

### ***2. Obligaciones de servicio público y protección de los consumidores.***

Las compañías del sector de la electricidad deberán explotarse con arreglo a principios comerciales y no podrán ser discriminadas en cuanto a sus derechos u obligaciones. El objetivo es velar por la implantación de un mercado de la electricidad competitivo, seguro y sostenible en el ámbito medioambiental.

Dicha Directiva impuso a los Estados las siguientes obligaciones:

- Imponer a las compañías del sector de la electricidad obligaciones de servicio público relativas a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio del suministro, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficacia energética y la protección del clima;

---

<sup>272</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. “*El mercado interior del gas a tenor...* Op. cit. Pp. 1227.: el informe presentado en el año 2007, señaló que el mercado energético contaba aún con fuertes barreras de entrada, contratos de adhesión en los cuales las cláusulas afectaban los intereses de los consumidores, fuertes monopolios, ausencia de transparencia en la información, lo cual debería ser solucionado por otros mecanismos tendentes a garantizar un mínimo de condiciones para el ingreso al mercado, y las prestaciones a los cuales sería objeto los operadores ya establecidos, por lo cual se considera necesario contar con una nueva regulación cuyo objetivo principal era disminuir los fallos del mercado imperantes en este sector.

<sup>273</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Fundamentos...* Op. cit. Pp. 81 y ss.

<sup>274</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. “*El mercado interior del gas a tenor...* Op. cit. Pp. 1228.

<sup>275</sup> Vale la pena precisar que en dicha Directiva se introducen modificaciones respecto a la designación de los gestores de la red de transmisión y de distribución, Licitación para el suministro de nuevas capacidades, entre aspectos tendentes a garantizar la competencia en el sector eléctrico.

<sup>276</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. “*El mercado interior del gas a tenor...* Op. cit. Pp. 1229.

- Velar por que al menos todos los clientes residenciales y las pequeñas empresas tengan derecho a recibir, en su territorio, un suministro de electricidad de una calidad bien definida, a precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes;
- Adoptar las medidas apropiadas para proteger a los clientes finales y a los consumidores vulnerables, incluso con medidas destinadas a ayudarles y a evitar una interrupción del suministro de energía;
- Velar por que se implante para todos los clientes cualificados un sistema de acceso de terceros a las redes de transmisión y de distribución
- Informar a la Comisión cuando se aplique la presente Directiva<sup>277</sup>.

### 3. *Disociación contable.*

Se estableció como un elemento fundamental que las empresas de electricidad llevarán, en su contabilidad interna, cuentas separadas para cada una de sus actividades de transmisión y de distribución, tal como deberían hacer si dichas actividades fuesen realizadas por empresas diferentes, para evitar discriminaciones, subvenciones cruzadas y distorsiones de la competencia<sup>278</sup>.

### 4. *Creación de Autoridades Independientes.*

Con el fin de contar con una regulación efectiva y con la posibilidad de que una entidad pudiera supervisar el mercado eléctrico, se establece como un criterio imperativo la necesidad de crear Autoridades Independientes, tendiendo como característica fundamental la independencia de estas de los intereses del sector de la electricidad<sup>279</sup>. Los objetivos a alcanzar por parte de este tipo de organismos, están orientados a garantizar una auténtica competencia, la ausencia de discriminación y que el mercado funcione de manera eficaz<sup>280</sup>. Para el cumplimiento de estos objetivos, se establecen un catálogo de funciones específicas, de las cuales se destacan la

<sup>277</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/energy/internal\\_energy\\_market/127005\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/127005_es.htm)

<sup>278</sup> GARCIA MEZQUITA, YOLANDA... Op. cit. Pp. 98.

<sup>279</sup> Artículo 23 de la Directiva, donde se indica Autoridades reguladoras

*1. Los Estados miembros designarán uno o varios organismos competentes con la función de autoridades reguladoras.*

*Estas autoridades serán totalmente independientes de los intereses del sector de la electricidad. A través de la aplicación del presente artículo, se encargarán, como mínimo, de garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado, supervisando como mínimo en particular:*

....

<sup>280</sup> Considerando 7 de la Directiva

fijación o la aprobación de tarifas o, como mínimo, las metodologías de cálculo de las tarifas de transporte y distribución y la prestación.<sup>281</sup>

En el artículo 23 de la Directiva<sup>282</sup> se asignan un catálogo de funciones en cabeza de este tipo de entidades, destacándose<sup>283</sup>:

1. Supervisión de los mercados, que incluía como mínimo
  - a) las normas de gestión y asignación de capacidad de interconexión;
  - b) los mecanismos para solventar la congestión de la capacidad de las redes;
  - c) el tiempo empleado por el transportista y distribuidores en efectuar conexiones y reparaciones;
  - d) la publicación de información adecuada por parte de los gestores de la red sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a la partes interesadas, velando por las obligaciones de confidencialidad;
  - e) la separación de cuentas para evitar subvenciones cruzadas entre actividades reguladas y no reguladas;
  - f) las condiciones y tarifas de conexión aplicables a los nuevos productores de electricidad para garantizar que no son discriminatorias;
  - g) el cumplimiento de sus funciones por los gestores de las redes;
  - h) el nivel de transparencia y de competencia del sector.
2. Participación en el procedimiento de determinación de tarifas; y
3. Otras.

A juicio de la Comisión, estas Agencias deberían contar con características uniformes, contando con plena independencia de los demás entidades del Estado, lo cual deriva en la existencia de competencia en el mercado<sup>284</sup>. Esa independencia no solamente es de la entidad,

---

<sup>281</sup> Considerando 8 de la Directiva

<sup>282</sup> Artículo 23. Autoridades reguladoras.

*1. Los Estados miembros designarán uno o varios organismos competentes con la función de autoridades reguladoras. Estas autoridades serán totalmente independientes de los intereses del sector de la electricidad. A través de la aplicación del presente artículo, se encargarán, como mínimo, de garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado, supervisando como mínimo en particular...*

<sup>283</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”...Op.cit. Pp. 17.

<sup>284</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. “El mercado interior del gas a tenor... Op. cit.Pp.1238 y ss., donde se indica:

*“En todo caso, es capital que se garantice que la independencia de la Agencia reguladora sea efectiva, lo cual, continua siendo a mi juicio el talón de Aquiles de todo el sistema de supervisión. La independencia tiene que continuar siendo un elemento capital. Inclusive las exigencias ex post facto tienen que provocar una incompatibilidad sobrevenida con la correspondiente compensación por la ablación de capacidades profesionales. Debería seguirse la línea del Consejo de Seguridad Nuclear, perfeccionándolo, puesto que probablemente sea hasta ahora el más neutral y bien equilibrado órgano independiente con que contamos en nuestro país.”*

sino de los miembros que la componen<sup>285</sup>, de una disposición efectiva de su presupuesto y de una política sectorial adecuada para la adopción de medidas que permitan la consolidación de la competencia y del ejercicio efectivo de la labor de supervisión, regulación y control de los agentes intervinientes<sup>286</sup>. Asimismo, estas Agencias deben contar con una serie de poderes y de controles, sean éstos otorgados por parte del Parlamento o del Gobierno y deben poder establecer, las exigencias mínimas en cuanto a las tareas a desarrollar y el ámbito de las mismas<sup>287</sup>.

Si bien los avances en la política regulatoria en materia energética fueron significativos tras la expedición de las Directivas 2003/54/CEE<sup>288</sup> y 2003/55/CE<sup>289</sup>, principalmente en mayor eficacia, la reducción de los precios, la mejora en la calidad y de una mayor competitividad, entre otros<sup>290</sup>, se hizo necesario la revisión e inclusión del marco vigente atendiendo a los vacíos que normativos y regulatorios que seguían presentando, lo cual condujo a que la Comisión quien elaboró diversas Comunicaciones al Parlamento Europeo y al Consejo<sup>291</sup> y

---

<sup>285</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre las Implicaciones Derivadas de la Aprobación de la Nueva Normativa Comunitaria en Materia de Energía es y Medioambiente. 22 de julio de 2010. Disponible en: [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne94\\_10.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne94_10.pdf) [en línea]. (Consultada 21/08/2012)

<sup>286</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “Estudio preliminar”. En: *Cuestiones actuales...* Op. cit. 19. La Comisión Europea, antes de presentar una nueva propuesta de reforma de las Directivas dedicadas al sector de la electricidad, para lo cual se analizó si efectivamente todos países miembros contaban con una autoridad reguladora, tal como se indicaba en las Directivas, llegándose a determinar que existían dos tendencias respecto de los países en la creación de autoridades reguladoras. Un primer grupo con sólidos reguladores, con un amplio conjunto de atribuciones para garantizar una adecuada regulación en el sector. Un segundo grupo de países que han creado este tipo de entidades pero el marco de actuaciones es de carácter reducido o no hay un adecuado reparto competencial con otras entidades, de allí la existencia de duplicidad en las actuaciones de las diversas entidades con injerencia directa en el sector eléctrico.

<sup>287</sup> Tal como se indica el considerando 15 de la Directiva, donde se precisa la pertinencia de este tipo de entidades para el desarrollo del mercado y de una regulación pertinente para el sector eléctrico, señalando

*La existencia de una regulación eficaz, aplicada por una o más autoridades reguladoras nacionales, constituye un elemento importante para garantizar la existencia de condiciones no discriminatorias de acceso a la red. Los Estados miembros especificarán las funciones, competencias y facultades administrativas de las autoridades reguladoras. Es importante que las autoridades reguladoras en todos los Estados miembros compartan un mismo conjunto mínimo de competencias. Las competencias de estas autoridades deben incluir al menos la fijación o la aprobación de tarifas o, como mínimo, las metodologías de cálculo de las tarifas de transporte y distribución.*

*Para evitar la incertidumbre y pérdida de tiempo y dinero en litigios, dichas tarifas deben publicarse antes de su entrada en vigor.*

<sup>288</sup> DIRECTIVA 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.

<sup>289</sup> DIRECTIVA 2003/55/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE. (DO L 176 de 15 de julio)

<sup>290</sup> LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, FRANCISCO B. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, JUAN. “Hacia una política energética para Europa”. En VVAA: *Noticias de la Unión Europea*. Nº 284, 2008 (Ejemplar dedicado a: El mercado interior de la electricidad). Pp. 5-14

<sup>291</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISION AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO sobre las perspectivas del mercado interior del gas y de la electricidad, COM (2006) 841. COMUNICACIÓN “Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n.1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final)” COM (2006) 851. COMUNICACIÓN DE LA COMISION AL



otros documentos, que acompañaron las propuestas del nuevo paquete legislativo (o lo que ha sido denominado como el tercer paquete sobre el mercado energético<sup>292</sup>) para el mercado interior de la electricidad y el gas, en la que se destacan fundamentalmente tres aspectos, como lo eran la separación efectiva entre las actividades de producción y suministro y la explotación de la red; **el papel de las autoridades reguladoras nacionales**, (atendiendo a que si bien las Directivas obligaban a los Estados a la creación de este tipo de autoridades para el sector energético, el conjunto de competencias y poderes en cada país variaba, lo cual permitía inferir la existencia de reguladores sólidamente asentados y un segundo grupo de reguladores de recientes creación con escasas o menores atribuciones). De allí que existirá, como precisa BACIGALUPO SAGESSE<sup>293</sup> una *falta de uniformidad y, en muchos casos, debilidad de la autoridad reguladora nacional y sus competencias, ya que son fundamentales para asegurar el correcto y adecuado funcionamiento del mercado*<sup>294</sup> y la cooperación eficiente entre los gestores de redes de transportes y creación de una Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía, sin dejar de lado la injerencia e importancia de la Comisión respecto a las Decisiones que sean adoptadas.

En lo que respecta al fortalecimiento del papel de las Autoridades Reguladoras Nacionales, se consideró por parte de la Comisión, que era indispensable que éstas contaran con mayores poderes y se concentrarán el mayor número de atribuciones en la Autoridad Reguladora, evitando de esta manera la diseminación de funciones en materia de energía en diversos órganos<sup>295</sup>. La Propuesta de Directiva sometida a consideración del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica el marco normativo vigente incorporó un Capítulo dedicado a las Autoridades Reguladoras; en dicho capítulo se incorporaban tres criterios básicos para el

---

CONSEJO EUROPEO Y AL PARLAMENTO EUROPEO “Una política energética para Europa” COM (2007) 1 final, de 10-01-2007.

<sup>292</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”...Op.cit. Pp. 20 y ss. Quien precisa que fueron siete aspectos que se incluyeron en la propuesta de reforma, consistentes en:

- La propuesta de reforma tanto de las Directivas de gas y de electricidad
- Una propuesta de reglamento por la que se establece una Agencia para los Cooperación de Reguladores Energéticos
- Propuestas de modificación de los Reglamentos que desarrollan las Directivas objeto de revisión.
- La garantía plena de separación patrimonial de la red de transportes de las actividades de producción y suministro.
- Medidas de salvaguardia para garantizar que las empresas de terceros países que deseen adquirir una participación significativa en una empresa titular de una red de un Estado miembro de la UE, o pretende lograr el control de las misma, cumplan los mismos requisitos de disociación que las empresas comunitarias.
- Dotar de mayor independencia a los reguladores, así como de mayores obligaciones y competencias reforzadas y los mecanismos de colaboración entre los operadores de transmisión europeos y crear una agencia de cooperación de reguladores.
- Dar una mayor transparencia al mercado y proteger a los consumidores.

<sup>293</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “La Unión Europea y las Autoridades Reguladoras de la Energía”. En VVAA: *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Nº 16. 2009. Pp. 185-193.

<sup>294</sup> *Ibíd.* Pp. 185.

<sup>295</sup> LOPEZ-JURADO ESCRIBADNO, FRANCISCO B. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, JUAN. “Hacia una política energética para Europa”...Op. Cit. Pp. 11.

éxito de las tareas encomendadas a este tipo de Autoridades como lo son a) la garantía de independencia frente a los poderes públicos y a las compañías privadas; b) el reforzamiento de sus poderes en torno a objetivos y tareas y c) su coordinación en el plano comunitario<sup>296</sup>.

La garantía de su independencia, atendiendo a esta propuesta alcanzaría una protección especial desde la perspectiva del Derecho Comunitario<sup>297</sup>.

Por lo tanto la reforma incluía cuatro aspectos relacionados con los Reguladores Nacionales de Energía como lo eran a) el reforzamiento de las Autoridades Reguladores Nacionales con un mayor control por parte de la Comisión sobre éstas; b) una mayor independencia respecto del Gobierno, de las Autoridades Administrativas y de los operadores del sector, pero no de la Comisión, lo que permitirá ejercer sus facultades de forma imparcial y transparente<sup>298</sup>. Asimismo, la finalidad de la reforma es que la Autoridad Reguladora, viene a precisar que el Regulador debe ser un ente totalmente distinto y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública y privada. Por consiguiente su personal y sus directivos tienen que actuar con total independencia de los intereses del mercado y sin recibir o pedir ni aceptar instrucciones por parte del Gobierno<sup>299</sup> c) la determinación de instrumentos procedimentales que habiliten a la Comisión a tener la última decisión vinculante en la mayor parte y respecto de las más importantes decisiones a tomar por las Autoridades Reguladoras Nacionales y d) las resoluciones que fuesen adoptadas por parte de la Autoridades Reguladores Nacionales, pueden revisarse cuando se ejerciera por parte de la Comisión o de cualquier otra Autoridad Reguladora del mecanismo de resolución de controversias.

En cuanto a los objetivos, obligaciones y competencias incluidas en dicho propuesta, estas las podemos agrupar en el siguiente cuadro explicativo:

---

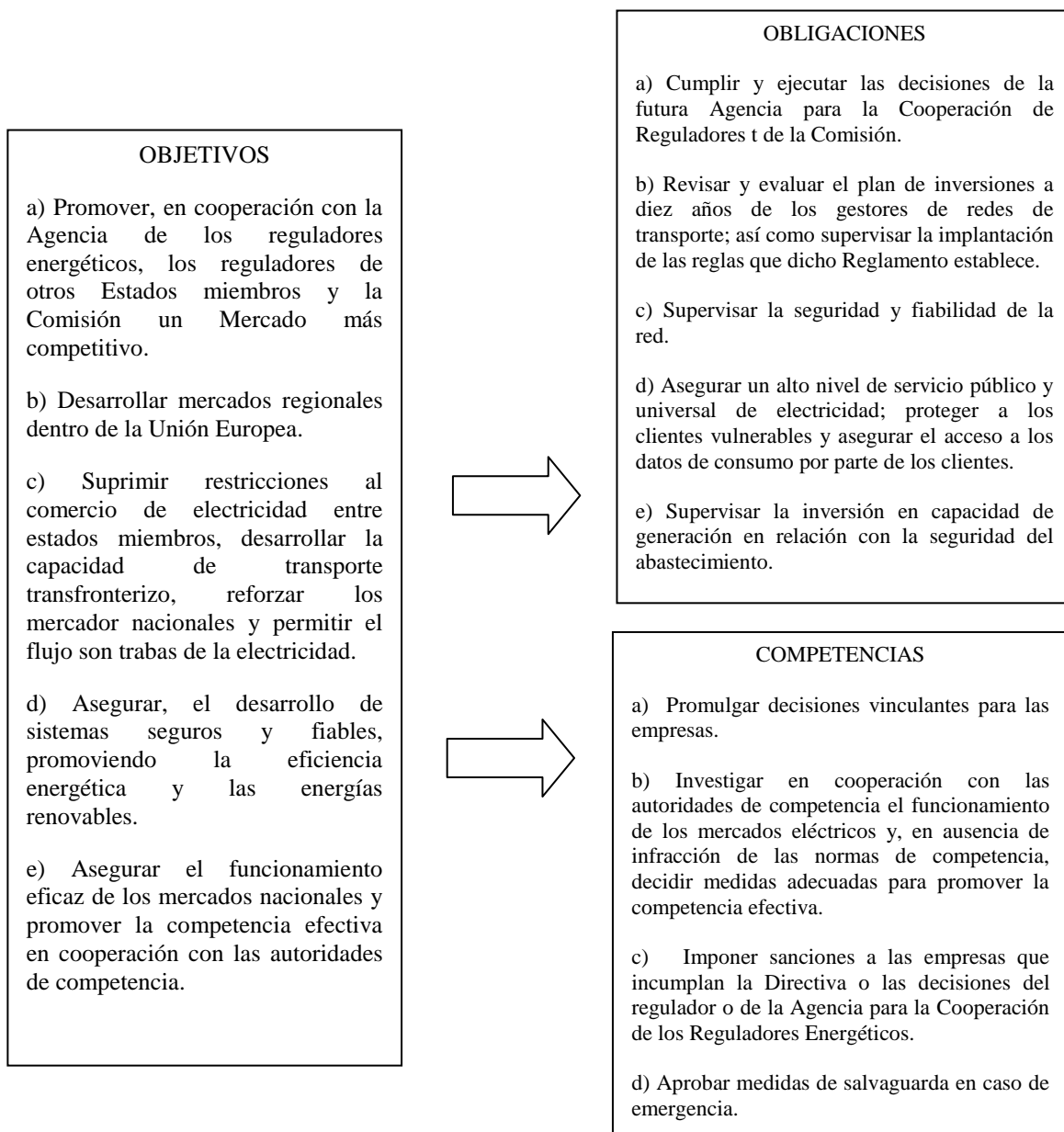
<sup>296</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. *“El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”*... Op. cit. Pp. 21.

<sup>297</sup> LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, FRANCISCO B. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, JUAN. *“Hacia una política energética para Europa”*...Op. cit. Pp. 12. *“Un aspecto a analizar entre otros muchos posibles e la habilitación contenida en el larguísimo artículo 22, quéter dedicado a las obligaciones y competencias de la autoridad reguladora, apartado 14 a favor de la Comisión para que ésta adopte directrices sobre el ejercicio por las autoridades reguladoras de las competencias incluidas en dicho artículo. La previsión se complementa con un mecanismo de resolución de disputas entre la Comisión o cualquier autoridad reguladora y otras autoridades reguladoras, respecto de la compatibilidad de cualquier decisión adoptada por una autoridad reguladora con las directrices dictadas en virtud de esta Directiva. El mecanismo prevé la intervención de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de Energía, y concluye eventualmente con una resolución vinculante de la Comisión”*.

<sup>298</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. *“El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”*... Op. cit. Pp. 21.

<sup>299</sup> *Ibíd.* Pp. 21. Tal como lo precisa el autor, la finalidad de la reforma es que las Autoridades reguladoras contarán con dos requisitos a saber:

1. Tener una personalidad jurídica propia, autonomía financiera y los medios humanos y materiales adecuados para el desempeño efectivo de sus funciones.
2. La forma de designación de su persona directivo, los cuales deberían ser nombrados por períodos al menos de 5 años sin posibilidad de renovación. En cuando al cese no por razones del vencimiento de su período como Comisionado, deberá ser porque no cumple las condiciones previstas en dicho artículo o a que haya sido declarado culpable de una conducta grave.



**Cuadro 1 - Creación Propia: Objetivos, Obligaciones y Competencias del Sector de la Energía.**

El proceso concluye con la expedición por parte del Parlamento de la Directiva 2009/72/CE<sup>300</sup>, estableciendo un plazo de dos años para su transposición por todos los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea<sup>301</sup>. Esta Directiva viene acompañada de la Directiva 2009/73/CE sobre el mercado interior del Gas y de tres Reglamentos<sup>302</sup>. El nuevo paquete de Directivas establece un amplio elenco de funciones que van a dirigir, mediante decisiones vinculantes, a las empresas del sector energético, así como permitirá requerir a las empresas información, imponer sanciones efectivas. La finalidad de la reforma es contar con unos reguladores totalmente independientes, ajenos a cualquier tipo de injerencia del Gobierno o de cualquier tipo de interés particular y, por lo tanto, es responsabilidad del Gobierno establecer un marco adecuado para que estas autoridades puedan contar con esta independencia.

Lo cual implica ejercer todas funciones de manera imparcial, con independencia funcional y orgánica de otras entidades públicas o privadas. Este documento es el resultado de arduos debates y documentos previos, donde se insistía en la necesidad de la separación de las actividades de producción y de suministro, y se garantizará la independencia<sup>303</sup> plena del regulador sectorial, separado de cualquier otra entidad pública o privada por tal razón era indispensable fortalecer las atribuciones y competencias dadas<sup>304</sup>.

---

<sup>300</sup> DIRECTIVA 2009/72/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

<sup>301</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “1. Introducción.... Op. cit. Pp. 47 y ss.

<sup>302</sup> DIRECTIVA 2009/73/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE. REGLAMENTO (CE) N° 714/2009, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1228/2003. REGLAMENTO (CE) N° 715/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1775/2005 y REGLAMENTO (CE) N° 713/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER).

<sup>303</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “Estudio preliminar”. En: *Cuestiones actuales...* Op. cit. 22. Sobre el particular el autor indica: “Sin perjuicio de lo anterior, la UE considera que un buen funcionamiento de los mercados energético no sólo precisa de reguladores más fuertes, sino también de reguladores más independientes. Para la UE la independencia de los reguladores es, además, un principio clave de la buena gobernanza y una condición fundamental para lograr la confianza en el mercado. Las directivas en vigor exigen ya que las autoridades reguladoras sean totalmente independientes de los intereses del sector energético. Sin embargo, no especifican de qué manera puede asegurarse y acreditarse dicha inde

<sup>304</sup> Considerando 34, en el que se señala:

(34) Es preciso, para un adecuado funcionamiento del mercado interior de la electricidad, que los reguladores de la energía puedan tomar decisiones sobre todas las cuestiones de reglamentación pertinentes, y que sean totalmente independientes de cualquier otro interés público o privado. Ello no impedirá un control jurisdiccional ni una supervisión parlamentaria conforme al Derecho constitucional de los Estados miembros. Además, la aprobación del presupuesto de los reguladores por el legislador nacional no es óbice para la autonomía presupuestaria. Las disposiciones relativas a la autonomía en la ejecución del presupuesto asignado a la autoridad reguladora nacional deben aplicarse en el marco definido por la legislación y la normativa presupuestaria nacionales. Al tiempo que contribuyen a la independencia de las autoridades reguladoras nacionales respecto de cualquier interés político o económico mediante un adecuado régimen de rotación, los Estados miembros deben poder tener debidamente en cuenta la disponibilidad de recursos humanos y el número de miembros del Consejo de Administración

Sobre el particular es importante tener en cuenta el importante estudio sobre este Tercer Paquete de Directivas<sup>305</sup> realizado por SORIANO GARCÍA<sup>306</sup>, donde se precisa que este tercer paquete se orienta en la consecución de tres valores fundamentales en el mercado energético como los son: la garantía de un precio razonable, un suministro seguro y el cuidado al medio ambiente<sup>307</sup>.

La Directiva, hizo un especial énfasis en las funciones de control y de resolución de controversias concernientes al acceso de terceros a la red, la verificación del cumplimiento de las obligaciones previstas de separación de actividades<sup>308</sup>, para lo cual señala que no sólo basta en la separación de actividades, sino que para evitar distorsiones en la competencia debe exigirse la separación en la propiedad en cada una de las actividades de explotación, suministro, producción o generación del sistema eléctrico; del cumplimiento de la interconexión, de todas las obligaciones de transparencia; del control del grado de apertura del mercado y de competencia; y protección del consumidor. Asimismo se le atribuye para el cumplimiento de estas funciones los poderes de investigación, obtención de información y cuenta con la potestad de imponer sanciones, cuando se verifiquen los incumplimientos<sup>309</sup> de la normativa prevista en la Ley y en las diferentes disposiciones expedidas por parte de la Autoridad Regulatoria.

---

<sup>305</sup> Este tercer paquete legislativo, pretendía que fueran reformadas las Directivas 2003/54 sobre el mercado interior de la electricidad, 2003/55 sobre el mercado interior del gas natural, así como los Reglamentos 1228/2003 y 1775/2005, precisando que todos estos cambios eran indispensables para Europa atendiendo al papel que cumplen tanto la electricidad como el gas para el desarrollo de los países, con el que se perseguía introducir un mayor grado de liberalización en el mercado interior de la electricidad y el gas, solucionar los fallos estructurales, promover las inversiones en infraestructuras, mejorar la competitividad y proteger a los consumidores, que introducía modificaciones en el segundo paquete.

<sup>306</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. “El mercado interior del gas a tenor... Op. cit. Pp. 1225 y ss.

<sup>307</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Introducción al sector energético:... Op. Cit. Pp. 45. Este tercer paquete de Directivas tiene como antecedentes un transcendental documento “Una política energética para Europa y Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad”, donde se incorporan los principales cambios que deberían darse en materia de electricidad y gas.

<sup>308</sup> *Ibidem*, Pp. 46, que uno de los principales inconvenientes consistía en la ausencia de normas por parte de los Estados donde se garantice la separación de las actividades de explotación y generación del sistema eléctrico, lo cual genera una serie de inconvenientes, como precisa MUÑOZ MACHADO en su obra señalando:

*“Son insuficientes las normas que se han implantado en los Estados concernientes a la separación de la explotación de la red, mientras que otros han establecido entidades jurídicas separadas que forman parte de una empresa o grupo integrado. Según argumenta la exposición de motivos de las nuevas propuestas de reforma elaboradas por la Comisión, antes citadas, la experiencia ha demostrado que cuando el gestor de la red de transporte es una entidad jurídica dentro de una empresa integrada surgen tres tipos de problemas: primero, el gestor de la red de transporte puede tratar a sus filiales mejor que a los terceros que le hacen competencia; la separación jurídica y funcional no resuelve el conflicto de intereses dentro de las empresas integradas, donde lo que interesa a los suministradores y productores es maximizar las ventas y la cuota de mercado, aspiración que contrasta con la obligación primaria del explotador de ofrecer un acceso no discriminatorio a la información no queda garantizado. Segundo, el acceso no discriminatorio a la información no queda garantizado puesto que no existe ningún medio eficaz para evitar que los gestores de redes de transporte faciliten información comercial sensible a las ramas de generación o suministro de la empresa integrada. Tercero, los incentivos a la inversión en la empresa integrada disminuyen, porque lo que tenderán sus gestores es a limitarla en tanto que pueda resultar beneficiosa para los competidores”.*

<sup>309</sup> Capítulo IX Artículos Nacionales de Regulación. Artículo 35.

Asimismo, se establece la creación de una entidad reguladora a nivel europeo, como instancia de coordinación de los reguladores europeos, no como una instancia decisiva. El antecedente más próximo se tiene en el año 2003, donde se crea el Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas<sup>310</sup>. Lo que se busca es que cooperación para los reguladores nacionales, mejorar el tratamiento de los problemas transfronterizos, y supervisar la reglamentación de los gestores de redes, además de ser un ente de carácter consultivo para el desarrollo de las políticas para este sector<sup>311</sup>.

En lo que corresponde a nuestro objeto de estudio de esta tesis las Autoridades Reguladoras, se insiste en la necesidad de que estas entidades cuenten con mayor grado de independencia e poder. Si bien la Directiva 2003/54, obligaba a los Estados a contar con reguladores dotados con competencias específicas en materias energéticas<sup>312</sup>. El éxito de la labor de este tipo de organismos se ha visto menguado por su falta de independencia principalmente del Gobierno, y la ausencia de facultades que garanticen el éxito de las funciones encomendadas<sup>313314</sup>.

Con el fin de garantizar un adecuado funcionamiento del mercado interior de la electricidad, cada uno de los reguladores de la energía, deben contar con las suficientes herramientas para tomar decisiones que repercutan directamente el mercado energético, fortaleciendo y armonizando las competencias (especialmente a las funciones de control y resolución de controversias concernientes al acceso de terceros a la red, el cumplimiento de las obligaciones de separación de actividades, entre otras funciones) y dotadas de poderes de investigación y de

---

<sup>310</sup> Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003 por la que se establece el Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas (2003/796/CE).

<sup>311</sup> Capítulo IX Artículo Nacionales de Regulación. Artículo 35.

2. El apartado 1 se entenderá sin perjuicio de la designación de otras autoridades reguladoras a escala regional en los Estados miembros, siempre que haya un representante, a los fines de representación y contactos en el nivel comunitario en el seno del Consejo de Reguladores de la Agencia con arreglo al artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) no 713/2009.

<sup>312</sup> Considerandos 33 y 34 de la DIRECTIVA 2009/72/CE.

<sup>313</sup> Atendiendo a este tipo de inconvenientes, en el año 2007, en las reuniones preparatorias a la elaboración del texto definitivo de la Directiva, se consideró como elemento indispensable que se contara con un marco más o menos común en cuanto a las Comisiones Regulatorias, las cuales deberían contar con una mayor armonización de las competencias y fortalecimiento de la independencia de los reguladores nacionales de energía. Dichas autoridades reguladoras nacionales deben poder encargarse al mismo tiempo de los sectores de la electricidad y del gas.

<sup>314</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Introducción al sector energético:...”* Op. Cit. Pp. 46. Quien alude a que si bien en España se cuenta con un Regulador Sectorial en materia de Energía, las funciones que le han sido encomendadas no han sido cumplidas a cabalidad por estar compartidas con otros organismos del Estado, para lo cual precisa: *“Otro aspecto importante de las propuestas de reforma presentadas por las instancias comunitarias concierne al fortalecimiento del poder e independencia de los reguladores nacionales, medida que es de sumo interés para el caso español. Así como hemos avanzado más que otros países en el camino de la separación de actividades y la privatización de empresas energética, la función regulatoria atribuida a la Comisión Nacional de la Energía está muy compartida con otros organismos de la Administración general del Estado y, además, adolece de una gran debilidad, tanto por la falta de mecanismos de coacción jurídica adecuados como por la posibilidad de que decisiones esenciales adoptadas por la Comisión sean revocadas por el Ministerio competente de la Administración del Estado, en vía de recurso de alzada, lo que sitúa a éste en una posición casi jerárquica que dice poco de la supuesta independencia de aquélla.”*

competencias para la resolución de conflictos; obtención de información pertinente de las empresas energéticas, la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias<sup>315</sup>.

Uno de los aspectos fundamentales que se destacan en la Directiva, es que los reguladores sean independientes, lo que permite garantizar el cumplimiento del principio de la buena gobernanza y la confianza en el mercado<sup>316</sup>, lo cual implica que el regulador no debe recibir instrucciones o cualquier tipo de intromisión pública o privada en cuanto a las actividades que por Ley le han sido asignadas. Se precisa, que estas entidades, están sujetas a controles tanto Judicial como Parlamentario, de acuerdo a las reglas previstas en cada una de las Constituciones de los Estados miembros<sup>317</sup>. También se precisa que deben contar con autonomía presupuestaria y las garantías necesarias para que cuenten con el presupuesto necesario para el ejercicio de sus funciones.

Todas estas consideraciones se encuentran consagradas en los artículos 35 y siguientes de la Directiva en los siguientes términos, nos permitimos transcribir el artículo 35 donde se precisan las principales atribuciones que deben ser garantizadas por parte de los Estados respecto a las Autoridades Reguladoras Nacionales<sup>318</sup> dichos objetivos eran

---

<sup>315</sup> Potestades de carácter general, con la que deberán contar los Reguladores Nacionales para el ejercicio de sus funciones conforme a lo previsto en el artículo 37.4 de la Directiva.

Artículo 37

Obligaciones y competencias de la autoridad reguladora

4. Los Estados miembros se asegurarán de que se dote a las autoridades reguladoras de las competencias que les permitan cumplir las obligaciones impuestas por los apartados 1, 3 y 6 de manera eficiente y rápida. Con este fin, la autoridad reguladora tendrá, como mínimo, las siguientes competencias:

- a) promulgar decisiones vinculantes para las empresas eléctricas;
- b) efectuar investigaciones sobre el funcionamiento de los mercados eléctricos, y decidir e imponer cualquier medida necesaria y proporcionada para promover la competencia efectiva y asegurar el adecuado funcionamiento del mercado. Cuando proceda, la autoridad reguladora estará asimismo facultada para cooperar con el organismo nacional de la competencia y con los reguladores del mercado financiero o con la Comisión en la realización de investigaciones relativas al Derecho de la competencia;
- c) recabar de las empresas eléctricas cualquier información pertinente para el desempeño de sus funciones, incluidas las justificaciones de rechazo de la concesión de acceso a un tercero, y cualquier información sobre las medidas necesarias para reforzar la red;
- d) imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas eléctricas que no cumplan las obligaciones impuestas por la presente Directiva y por cualquier decisión jurídicamente vinculante de la autoridad reguladora o de la Agencia, o proponer a un tribunal competente que imponga estas sanciones. Lo anterior incluirá la facultad de imponer, o de proponer la imposición de sanciones de hasta el 10 % del volumen de negocios anual del gestor de la red de transporte a dicho gestor, o de hasta el 10 % del volumen de negocios anual de la empresa integrada verticalmente a dicha empresa integrada verticalmente, según los casos, en el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones de conformidad con la presente Directiva, y
- e) los derechos de investigación adecuados y las competencias de mando pertinentes a efectos de la resolución de conflictos con arreglo a los apartados 11 y 12.

<sup>316</sup> BACIGALUPOO SAGGESE, MARIANO. *“La Unión Europea y las Autoridades Reguladoras de la Energía”*. Op. cit. Pp. 189.

<sup>317</sup> *Ibíd.* Pp. 189

<sup>318</sup> *Ibíd.* Pp. 186 y ss. Los estudios previos que concluyen en la promulgación del paquete de Directivas, tenían una serie de objetivos generales que deberían ser alcanzados tanto por los reguladores sectoriales en materia de energía y gas y las Autoridades de Competencia.

- Desarrollar mercados regionales competitivos con vistas a la consecución del objetivo de un mercado interior de la energía;
- Eliminar restricciones al comercio de electricidad y gas entre los Estados miembros, incluyendo el desarrollo de capacidades adecuadas de transporte transfronterizo;
- Contribuir a lograr el desarrollo de redes no discriminatorias, seguras, eficientes y fiables, orientadas hacia los consumidores, y fomentar la adecuación de la red y la eficiencia energética, así como la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables y la generación distribuida en las redes;
- Facilitar el acceso a la red de nuevas capacidades de generación, removiendo los obstáculos que puedan dificultar dicho acceso, en particular, a nuevos entrantes y a generadores de energías renovables;
- Asegurar que se dan a los gestores y usuarios de las redes los incentivos adecuados para incrementar la eficiencia de las prestaciones de la red y fomentar la integración del mercado;
- Asegurar el beneficio de los clientes mediante un funcionamiento eficiente de los mercados nacionales, promover una competencia efectiva y contribuir a garantizar la protección del consumidor;
- Contribuir a alcanzar un alto nivel de servicio universal y público en el suministro energético, contribuyendo a la protección de consumidores vulnerables y a la compatibilidad de los procesos necesarios de intercambio de datos para el cambio de suministrador.
- Cada país contará con una única autoridad en materia reguladora, la cual deberá ser independiente, lo cual implica ser jurídicamente y funcionalmente independientes, y deberá garantizarse su autonomía, imparcialidad y transparencia. En cuanto a su personal, éste deberá actuar ajeno a cualquier tipo de interés y no podrá solicitar ni aceptar ningún tipo de instrucción pública o privada. En cuanto los miembros del Consejo de la Autoridad, se precisa que contará con un mandato fijo entre cinco a siete años<sup>319</sup>, renovables por una sola vez. También se destacan en el artículo 35 los siguientes aspectos:

---

<sup>319</sup> Ibíd. Pp. 190. *Repárese, por tanto, en que las nuevas directivas ni imponen una estructura de dirección colegiada para los reguladores nacionales, ni prohíben que la competencia para designar a los miembros de su órgano superior de gobierno (o, en su defecto, a sus altos directivos) se resida en los Gobiernos. Tampoco proscriben las directivas la posibilidad de una renovación de los mandatos de sus máximos responsables (bien que por una sola vez). No obstante, para este supuesto se prevé que los Estados miembros garantizarán la aplicación de un “régimen de rotación adecuado para el consejo o los altos cargos directivos”. A su vez, y como requisito inherente a cualquier autoridad independiente, se prevé expresamente que durante su mandato los miembros del consejo o, a falta del consejo, los altos directivos de las autoridades reguladoras “solo podrán ser destituidos cuando ya no cumplan las condiciones establecidas en el presente artículo o cuando hayan sido declarados culpables de falta con arreglo al Derecho interno”. /art. 35.5)”.*



## CAPÍTULO IX

### AUTORIDADES REGULADORAS NACIONALES

#### Artículo 35

##### *Designación e independencia de las autoridades reguladoras*

*1. Cada Estado miembro designará una única autoridad reguladora nacional a escala nacional.*

*2. El apartado 1 se entenderá sin perjuicio de la designación de otras autoridades reguladoras a escala regional en los Estados miembros, siempre que haya un representante, a los fines de representación y contactos en el nivel comunitario en el seno del Consejo de Reguladores de la Agencia con arreglo al artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) no 713/2009.*

...

*4. Los Estados miembros garantizarán la independencia de la autoridad reguladora y velarán por que esta ejerza sus competencias con imparcialidad y transparencia. Con este fin, se asegurarán de que, al desempeñar las funciones reguladoras que le encomienda la presente Directiva y la legislación conexas, la autoridad reguladora:*

*a) sea jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada,*

*b) su personal y los encargados de su gestión:*

*i) actúen con independencia de cualquier interés comercial, y*

*ii) no pidan ni acepten instrucciones directas de ningún gobierno ni ninguna otra entidad pública o privada para el desempeño de sus funciones reguladoras. Este requisito se entenderá sin perjuicio de una estrecha cooperación con otros organismos nacionales pertinentes, cuando proceda, ni de las directrices de política general publicadas por el Gobierno que no guarden relación con las funciones reguladoras a que se refiere el artículo 37.*

*5. A fin de proteger la independencia de la autoridad reguladora, los Estados miembros se asegurarán especialmente de que:*

*a) la autoridad reguladora pueda tomar decisiones autónomas, con independencia de cualquier órgano político y tenga dotaciones presupuestarias anuales separadas con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado, así como recursos humanos y financieros adecuados para el cumplimiento de sus obligaciones;*

*b) los miembros del consejo de la autoridad reguladora o, a falta de un consejo, sus altos cargos directivos se nombren para un mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez.*

*De conformidad con el párrafo primero, letra b), los Estados miembros garantizarán la aplicación de un régimen de rotación adecuado para el consejo o los altos cargos directivos. Los miembros del consejo o, a falta de consejo, los altos directivos solo podrán ser destituidos durante su mandato*

*cuando ya no cumplan las condiciones establecidas en el presente artículo o cuando hayan sido declarados culpables de falta con arreglo al Derecho interno*<sup>320</sup>.

### **1.1.3.3. Sector Postal**

Al igual que los sectores anteriormente descritos, el Servicio Postal fue objeto de liberalización por de la Unión Europea a partir de la década de los noventa<sup>321</sup>, constituyéndose como objetivo principal de este proceso la supresión de los monopolios, y el establecimiento de nuevos operadores que ofrecieran nuevas estructuras de acuerdo con las exigencia del mercado y de la demanda de los usuarios<sup>322</sup> y del establecimiento de un mercado único en cuanto a la prestación de los servicios en cada uno de los Estados<sup>323</sup>. Como precisa DOMINGO GUTIERREZ<sup>324</sup>, la

---

<sup>320</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre las Implicaciones Derivadas de la Aprobación de la Nueva Normativa Comunitaria en Materia de Energía es y Medioambiente. 22 de julio de 2010. Disponible en: [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne94\\_10.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne94_10.pdf) [en línea]. (Consultada 21/08/2012). Donde se precisa en lo que corresponde a la interferencia del ejecutivo en las decisiones que se adopten y que eran recurridas mediante el recurso de alzada, indicando: *Asimismo, las nuevas directivas incorporan una previsión expresa (de capital importancia para aquellos Estados miembros en los que, como en el caso de España, las decisiones del regulador continúan siendo susceptibles de revisión en vía de recurso administrativo por el Gobierno o la Administración ordinaria) de acuerdo con la cual los Estados miembros habrán de garantizar que existan “procedimientos nacionales adecuados mediante los cuales una parte afectada por una decisión de una autoridad reguladora pueda ejercer el derecho de recurrir ante un organismo independiente de las partes implicadas y de cualquier Gobierno”. Con otras palabras, los Estados miembros no podrán condicionar la posibilidad de impugnar directamente las decisiones de los reguladores ante un organismo independiente o en vía jurisdiccional al agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de un recurso previo ante instancias gubernamentales o administrativas.*

*Como cabe observar, en fin, la nueva regulación comunitaria de los reguladores nacionales de la energía presenta un grado de detalle considerable, penetrando por tanto de manera notablemente incisiva en el ámbito propio de la autonomía institucional y organizativa de los Estados miembros, que el Derecho comunitario de ordinario declara reconocer y respetar.”*

<sup>321</sup> ITURRALDE IBARLUCEA, MARÍA ISABEL y QUIRÓS ROMERO, CIPRANO. “*Liberalización y Eficiencia en el Sector Postal de la Unión europea*”. En VVAA: *Economía industrial*, Nº 361, 2006 (Ejemplar dedicado a: *Economía de la información y la comunicación: externalidades y mercados*). Pp. 121-132. No podemos dejar de lado el trabajo pionero sobre esta materia de PEMÁN GAVÍN, JUAN. *Régimen jurídico del servicio de correos*. Instituto Nacional de Administración Pública, D.L. Madrid. 1983, publicado antes del proceso liberalizador en la Comunidad Europea.

<sup>322</sup> PATEIRO RODRIGUEZ, CARLOS y GARCÍA IGLESIAS, JESÚS MANUEL. *Políticas de Liberalización para la Competencia en el Sector Postal*. Disponible en: [www.fceer.org/bdoc/recursos/005.pdf](http://www.fceer.org/bdoc/recursos/005.pdf). [en línea]. Consultado el 1/07/2011.

<sup>323</sup> VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. “*El Proceso de liberalización de los servicios postales en la Unión Europea*”. En: Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española. Nº 2805. Del 10 al 16 de mayo de 2004. Pp. 11-26. Quien precisa: “*Los servicios postales han sido tradicionalmente considerados un sector secundario a efectos de los procesos de liberalización de los sectores económicos en red. Si bien es cierto que no destaca por encontrarse a la vanguardia de los procesos de apertura a competencia, se pueden apreciar en este sector unas singularidades que lo hacen digno de atención en cuanto punto de contraste con los demás sectores en proceso de liberalización. La piedra de toque son singulares mecanismos de liberalización mediante los que se trata de asegurar los objetivos propios de servicios públicos. Se trata de un sector encaminado a la plena apertura cuya fecha límite es 2009*”.

<sup>324</sup> DOMINGO GUTIERREZ, SARA ELSA. “*La liberalización del sector postal: servicio universal y libre competencia*”. En VVAA: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 26, 2005. Pp. 191-248.

finalidad de la liberación se concreta en dar solución a una serie de problemas e inconvenientes que afectaban al servicio postal y al mercado, siendo:

- a) La mejora y saneamiento de la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios
- b) La necesidad de contar con un marco legal armonizado para la liberalización y consolidación de un mercado único
- c) Y la solución de controversias en el menor tiempo posible, independientemente del lugar geográfico donde se encontrara.

Las razones anteriormente expuestas llevan a la Comisión en el año de 1991, a la elaboración del Libro Verde *sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales* de la Comisión de 11 de junio de 1992 COM (91) 476 final<sup>325</sup>, donde se plantean los principales inconvenientes que se presentaban en el sector, así como los mecanismos para garantizar una liberalización de manera armónica, de carácter controlada, equilibrada, buscando un justo equilibrio en cada una de los servicios prestados y la prestación efectiva de las obligaciones de servicio universal en el sector postal<sup>326</sup>, el cual se complementa con las líneas directrices para el desarrollo de los servicios postales comunitarios<sup>327</sup>.

Como producto de las reflexiones y las orientaciones dadas por parte de la Comisión tras la publicación del Libro Verde y de la Líneas Directrices, conducen a que en el año de 1997 se dictará de la Directiva 97/67/CE<sup>328</sup>, constituyéndose en un importante instrumento para el

---

<sup>325</sup> En este documento se establecían 4 problemas fundamentales que podrían ser resueltos por medio de la liberalización y de la consolidación de un mercado único de los servicios postales:

1. La falta de calidad de los servicios postales y la insuficiencia de medidas en cuanto a su prestación
2. La ausencia de una normatividad uniforme en el marco de la Unión Europea, implicando tratamiento dispar en cada uno de los Estados miembros.
3. El desfavorecimiento de algunas regiones, como consecuencia de la disparidad normativa, permitiendo la concentración de la actividad por algunos operadores.
4. Distorsiones comerciales tanto entre empresas que depende de los servicios postales para sus actividades comerciales.

<sup>326</sup> VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. *“El Proceso de liberalización de los servicios postales en la Unión Europea”*... Op. cit. Pp. 14.

<sup>327</sup> COM (93)247 *Líneas directrices para el desarrollo de los servicios postales comunitarios*.

<sup>328</sup> DIRECTIVA 97/67/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 15 de diciembre de 1997

relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio.

*Objetivo y ámbito de aplicación*

*Artículo 1*

*La presente Directiva establece normas comunes relativas a:*

- *la prestación de un servicio postal universal en el interior de la Comunidad;*
- *los criterios que delimitan los servicios que pueden formar parte del sector reservado a los proveedores del servicio universal y las condiciones relativas a la prestación de servicios no reservados;*
- *los principios de tarificación y de transparencia contable para la prestación del servicio universal;*
- *la determinación de normas de calidad para la prestación del servicio universal y la instauración de un sistema que garantice el cumplimiento de esas normas;*

desarrollo del mercado de los servicios postales. Directiva que destaca la importancia de este tipo de servicios y su incidencia en las relaciones económicas y en el entorno europeo<sup>329</sup>. El proceso iniciado con la promulgación de esta Directiva se llevó a través de diversas etapas, con el fin de evitar generar significativas tensiones en los operadores por la apertura a la competencia<sup>330</sup>.

En dicha Directiva se establecieron criterios tales como la necesidad de contar con un servicio postal universal mínimo, atendiendo a que no debería dejarse de lado el interés general presente en la actividad para todos los ciudadanos<sup>331</sup>, la promoción de la calidad de los servicios prestados gracias a la implantación de diversas medidas<sup>332</sup>. Asimismo, en dicha norma comunitaria se estableció como un elemento indispensable en aras de garantizar el buen funcionamiento del servicio universal y de la competencia contar con un ente encargado de la reglamentación y que los prestadores de los servicios fueran diferentes al ente encargado de esta labor, señalando que el operador del servicio postal no puede ser al mismo tiempo juez y parte, siendo indispensable contar con un estatuto normativo para la prestación de los servicios y de un ente independiente denominado Autoridad Nacional de Reglamentación encargado de garantizar las condiciones eficientes y óptimas del sector,<sup>333</sup> tal como se encuentra previsto en

---

— la armonización de las normas técnicas;

— la creación de autoridades nacionales de reglamentación independientes.

<sup>329</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA. *La Liberalización del Sector Postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*. Ministerio de Fomento. Thomson Aranzadi. Navarra. 2004.

<sup>330</sup> *Ibídem*. Pp. 44. “Desde el principio se optó por hacer una liberalización escalonada y progresiva, como proponía Francia, y no llevarla a cabo de forma drástica. Esto, sin embargo, tienen sus ventajas e inconvenientes, pues si bien lo principal es asegurar el servicio universal, su reserva hace poco atractivo este mercado, ya que el porcentaje de los servicios abiertos a la libre competencia es aún insignificante, pues hasta hace dos años tan sólo han representado el 3% por término medio de los ingresos postales públicos”.

<sup>331</sup> DOMINGO GUTIERREZ, SARA ELSA. “La liberalización del sector postal... Op. cit. Pp.201.

<sup>332</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Liberalización de los Servicios Postales*. Fundación Alfonso Martín Escudero. Editorial Trotta. 2005, que precisa otros aspectos a los que hemos descrito, indicando: “La Directiva Postal impone a los Estados miembros, por una parte, la obligación de abrir a la competencia determinados segmentos del mercado postal, así como ciertas obligaciones a fin de garantizar la aparición de una competencia efectiva y sin distorsiones. Por otra parte, la Directiva Postal impone diferentes obligaciones a los Estados miembros a fin de asegurar la universalidad de los servicios postales básicos y ciertos requisitos mínimos en materia de calidad del servicio y procedimientos de atención al cliente. La propia Directiva Postal, en su artículo 7.3, contemplaba la revisión de su contenido y, en concreto, la posibilidad de ampliar los segmentos abiertos a la competencia. En el marco de lo previsto en la Directiva, la Comisión Europea inició en mayo de 2000 el procedimiento legislativo de reforma de la Directiva Postal a fin de profundizar en el proceso de liberalización del sector”.

<sup>333</sup> Tal como se precisa en los artículos 1º, 2º y en particular lo expresado en el artículo 15 de la Directiva señalando:

5. Las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que una entidad competente, independiente del proveedor del servicio universal, compruebe el cumplimiento de uno de los sistemas de contabilidad de costes descritos en los apartados 3 o 4. Los Estados miembros velarán por que se publique periódicamente una declaración sobre dicho cumplimiento.
6. La autoridad nacional de reglamentación facilitará información, con el nivel de detalle pertinente, sobre los sistemas de contabilidad de costes que apliquen los proveedores del servicio universal, y la remitirá a la Comisión, a solicitud de ésta.

el capítulo 9, artículo 22<sup>334</sup>. Se indicaba que era necesario que este tipo de entidades designadas por parte del Estado deberían ser independientes y contar con un catálogo de funciones diferentes a las de los operadores postales. Debería estar encargada del cumplimiento de las obligaciones previstas en la Directivas y demás instrumentos legales que tuvieran incidencia directa en el Sector Postal. De ahí que surgiera la obligación para cada Estado de crear este tipo de entidades encargadas de las funciones de reglamentación del sector, precisando que esta entidad fuese distinta de los operadores, dotándola de independencia tanto funcional como orgánica, lo cual permitirá contar con una separación de las labores de reglamentación y la de prestación de los servicios postales y que ningún operador contará con esta doble calidad de ser juez y parte<sup>335</sup>.

Algún sector de la doctrina<sup>336</sup>, ha considerado que la Directiva no establecía la obligación por parte de los Estados de crear una Autoridad de carácter independiente, en el sentido de que la independencia se predicaba respecto a la entidad que se encargaba de prestar los servicios de correos en régimen de monopolio, que generalmente correspondía a una entidad estatal. Y en el supuesto de no existir una entidad encargada de la prestación de estos servicios, no se consideraba necesario la creación de una nueva entidad, en el entendido de que no era necesario ningún tipo de separación funcional, a pesar de las múltiples ventajas que podría acarrear para un sector la posibilidad de contar con un ente de carácter técnico, el cual permitiría agilizar la toma de decisiones, los procedimientos de gestión y el grado de transparencia respecto a los operadores.

Se debe tener presente que en el año 2000 fue presentado a consideración una propuesta de Directiva, en la que se establecían una serie de fases que deberían ser alcanzadas en los años siguientes, de manera gradual y controlada, particularmente que a partir del año 2003, estableciendo límites de los precios y fijando el precio de los servicios de los Servicios Postales, tanto para el prestador del servicio universal como para el resto de los operadores.

Una segunda fase que tenía que darse antes del 31 de diciembre de 2006, indicándose que el Parlamento y el Consejo deberían dictar una Decisión que seguiría a la fase siguiente de la apertura del mercado, y que se establecería una nueva propuesta, la cual debería ser presentada al Consejo una vez se hubiesen realizado los estudios previos y se garantizara el mantenimiento de la prestación el servicio universal en condiciones de competencia, en condiciones de calidad y de eficiencia. Los objetivos de la propuesta de 30 de mayo de 2000, consistían

---

<sup>334</sup> CAPITULO 9 Autoridad nacional de reglamentación

*Artículo 22*

*Cada Estado miembro designará una o más autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal, jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de los operadores postales.*

*Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades nacionales de reglamentación que hayan designado para realizar las tareas derivadas de la presente Directiva.*

*Las autoridades nacionales de reglamentación tendrán, en particular, como misión garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva; asimismo podrán tener como misión garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de competencia en el sector postal.*

<sup>335</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA. La Liberalización del Sector Postal... Op. cit. Pp.159

<sup>336</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. La Liberalización de los Servicios... Op. cit. Pp. 82.

fundamentalmente en la eliminación de cualquier tipo de obstáculo y dar un gran impulso al proceso iniciado para poder contar con un mercado interior del sector postal plenamente liberalizado. Asimismo, dentro de los principales cambios se indicaba la necesidad con contar con una regulación propia de los servicios especiales (excluyendo el servicio de recogida e incluyendo los servicios urgentes), distinguiéndose del servicio universal<sup>337</sup>.

En el año 2002, el proceso liberalizador del Sector Postal sufre una nueva modificación al ser promulgada la Directiva 2002/39/CE<sup>338</sup>, cuyo objetivo era proseguir con el proceso de apertura a la competencia de los servicios postales en la Unión Europea, la cual tienen menores alcance a la propuesta presentada en el año 2000<sup>339</sup>. Esta nueva Directiva, viene a zanjar los inconvenientes sufridos al tratar de garantizar la prestación del servicio postal universal y la aplicación de las normas de competencia, siendo necesario la publicación de diferentes proyectos de Comunicación y Decisiones en los que se precisaba por parte de la Comisión el alcance de las medidas en cuanto a la prestación de los servicios, la aplicación de las normas del derecho de la competencia y las reservas previstas por parte de los Estados en determinados servicios<sup>340</sup>.

Las modificaciones introducidas se orientan a fortalecer cuatro ámbitos del sector postal, como la reducción del ámbito de posibles reservas de servicios que puedan llevar a cabo los Estados miembros, medidas para evitar el falseamiento del funcionamiento del sector postal, ampliación de las garantías en cuanto a la prestación de los servicios y las atribuciones y funciones en cabeza de las Autoridades Nacionales de Reglamentación<sup>341</sup>. Además, como precisa

---

<sup>337</sup> Ibídem. Pp. 45 y ss. En igual sentido GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte. (Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*. Comares, Granada, 2001.

<sup>338</sup> DIRECTIVA 2002/39/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 10 de junio de 2002 por la que se modifica la Directiva 97/67/CE con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad.

<sup>339</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA. *La Liberalización del Sector Postal...* Op. cit. 53. Quien precisa cuales son los fundamentos por los cuales la Directiva 2002/39/CE, fue más meticulosa respecto a la propuesta del año 2000, principalmente por la misma evolución postal y por la incidencia negativa del progreso tecnológico. “Tras la propuesta de la Comisión, expuesta con anterioridad, y los diversos estudios que a este nivel se han efectuado, se ha producido una importante modificación de la misma, apareciendo además en el trasfondo de la cuestión una nueva visión o enfoque de la liberalización de este sector. Ello se debe a que, tras la reciente práctica desde que este fenómeno se inició en el campo de los servicios postales, se ha constatado la existencia de una serie de diferencias respecto a otros ámbitos en los que ya se ha producido esta liberalización o ésta está en una fase ulterior, y ello por diversas razones, que serán analizadas. Sin embargo, dentro de ellas cabe destacar ya el hecho de que se trata de un sector en el que, a diferencia del de las telecomunicaciones, el progreso tecnológico le ha afectado en detrimento, es decir, que a medida que se generalizan otros medios de comunicación, como el teléfono, el fax o el correo electrónico, la correspondencia ordinaria por carta descende, lo que, sin embargo, no obstaculiza para que sea un elemento de suma importancia para lograr un mercado único en la Unión Europea”.

<sup>340</sup> GONZÁLEZ DURANTES, HENAR y ENGRA MORENO, JOSÉ CARLOS. “El tratamiento de los abusos de posición de dominio en el sector postal” En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Número 216, páginas 66-81, 2003.

<sup>341</sup> VIDA FERNANDEZ, José. Op. cit. Pp. 21. Sobre este punto, es necesario referirse al trascendental fallo de 19 de mayo de 1993, proferido por el Tribunal de Justicia, Asunto Corbeau, por el cual el Tribunal de Justicia, estudia la compatibilidad de la prestación del servicio postal por parte de un particular, con nuevos

servicios, y la prestación en régimen de monopolio por parte de La Régie de Postes Belga, quien consideraba que la exclusividad en la prestación de los servicios postales, podría extenderse a servicios complementarios. A juicio de la Régie des Postes Belga, los servicios postales, deberían ser prestado exclusivamente por esta entidad, razón por la cual el servicio no podía ser fragmentado o prestado por otros operadores, ya sea para la prestación de este en una circunscripción determinada, o de un servicio que sea rentable.

A juicio del Tribunal de Justicia, si bien el artículo 90 apartado 1 del Tratado, reconocía que puede ser reconocidos derechos exclusivos a una empresa del Estado, como sucede en el caso de la Régie; asimismo, señaló que una empresa que disfruta de un monopolio legal en un determinado mercado, cuenta con una posición de dominio, de acuerdo con las consideraciones previstas en el artículo 86 del Tratado.

Precisa el Tribunal, que conforme a lo estipulado en el artículo 90.2, se habilitaba al Estado conferir derechos exclusivos que pudieran restringir las normas provenientes de la competencia, siempre y cuando estas restricciones fueran necesarias para garantizar el cumplimiento de los objetivos de las empresas titulares de estos derechos exclusivos “en el que se dispone que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas sobre la competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”.

Respecto al tema objeto de estudio, La Régie des Postes, en una entidad encargada de la prestación de un servicio de interés económico, encargada de la recogida, transporte y la distribución del correo, dicha prestación se efectuaba en todo el territorio del Estado, con tarifas uniformes y con similares condiciones de calidad, pero surge el interrogante en determinar ¿Si es necesaria la restricción de la competencia, o la exclusión de la competencia, en la prestación de otros servicios parte de otros agentes económicos?.

Para determinar si es viable dicha exclusión se debe determinar si el operador con derechos exclusivos, presta los servicios en condiciones óptimas y en condiciones de equilibrio económico, razón por la cual sería viable la restricción al ingreso de nuevos operadores para la prestación de los servicios, pero en el caso, de que no se cumplan estas condiciones, podrá concederse los permisos para la prestación de otros servicios específicos, diferentes a los servicios de interés general y que el caso particular no son prestados por el operador del servicio postal.

El fallo concluye que ambos servicios pueden ser compatibles con otros tipos de servicios, por lo tanto puede existir competencia, precisando que los nuevos o prestaciones no supongan algún tipo de peligro económico al servicio de interés económico general, como se precisa en la parte resolutoria de esta sentencia, donde se declaró:

*El artículo 90 del Tratado CEE se opone a que una normativa de un Estado miembro, que confiere a una entidad como la Régie des postes el derecho exclusivo de recoger, transportar y distribuir el correo, prohíba, so pena de sanciones penales, a un operador económico establecido en dicho Estado prestar determinados servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de los operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, en la medida en que dichos servicios no pongan en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si los servicios controvertidos en el litigio que le ha sido sometido responden a estos criterios.*

En igual sentido MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. 1ª ed. Op. cit. Pp. 1147 y ss. “La Sentencia entra de lleno en recordar que, según la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia, <<una empresa que disfruta de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado común ocupa posición dominante a efectos del artículo 86 (hoy 85)>>. El artículo 86.2 permite a los Estados conferir derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas de la competencia, en la medida que dichas restricciones resulten necesarias para garantizar el cumplimiento de la misión específica de las empresas titulares de los derechos exclusivos. Procedía en consecuencia, examinar la medida en que es necesaria una restricción o exclusividad de la competencia para permitir a la Régie el cumplimiento de su misión de interés general.

La manera de abordar el análisis es partir de la premisa de que << la obligación que incumbe al titular de la misión de garantizar posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables, y, en consecuencia. Justifica una limitación de la competencia por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables>>. De otro modo, los competidores podrían concentrarse en actividades económicamente rentables, en este sector, ofreciendo tarifas más ventajosas”.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN<sup>342</sup>, esta Directiva incorpora todas y cada una de las observaciones que fueron realizadas al texto inicial e incorporan las dos fases previstas para ser alcanzadas en los años 2003 y 2006 y de la exclusión de la definición de los servicios especiales.

Sobre esta última modificación, los considerandos 27 y 28 de la Directiva, reiteran como un elemento indispensable para la consolidación de la competencia del sector postal, contar con Autoridades Nacionales de Reglamentación<sup>343</sup>, jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de los operadores postales. En cuanto a sus funciones le son atribuidas la facultad de concesión de licencias, verificar el cumplimiento de la información suministrados por parte de los operadores a los usuarios, y que los servicios prestados cumplan los procedimientos establecidos, de manera transparente, sencilla y con el menor coste posible.<sup>344</sup>

En el año 2005<sup>345</sup> y 2006<sup>346</sup>, se publicaron dos informes en los que se analiza los efectos de la modificación de la Directiva del Sector Postal, señalándose en dichos documentos los aspectos más relevantes de la incorporación de este nuevo instrumento como lo son: la mejora de la calidad del servicio, la mejora de la eficiencia empresarial y tal vez el elemento más importante la separación efectiva entre los organismos de reglamentación y los operadores, pero es manifiesta la ausencia de la incorporación de medidas por parte del regulador tendentes a controlar las tarifas, contar con contabilidades transparentes, y la efectividad de los trámites y la concesión de las licencias correspondientes para la prestación de los servicios. Si bien los avances son significativos, en dichos documentos se precisan que aún existen asimetrías que deben sean contrarrestadas.

El proceso liberalizador concluye con la expedición de la Directiva 2008/6/CE<sup>347</sup>. En este documento se garantizan la obligación de Servicio Universal, la salvaguardia de la prestación

---

<sup>342</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA. *La Liberalización del Sector Postal...* Op. cit. 55.

<sup>343</sup> ESCRIBANO SÁEZ, ÁLVARO, GONZALEZ GOMEZ y LASHERAS SAN MARTÍN, JULIO. “Regulación y Análisis Económico del Servicio Postal en España”. En VVAA: *Infraestructuras: transportes e industrias en red*. ICE, número 808, Pp. 161-188. 2003. Quienes señalan que la independencia del regulador una vez expedida la Directiva no fue plena en todos los Estados, sobre el particular indican: ... De todas maneras, se ha demostrado que la independencia no es realmente plena en cada uno de los Estados miembros..., solamente tres de las Autoridades Nacionales no son plenamente independientes (jurídicamente) del operador dominante. Estas tres son las de Bélgica, Grecia y Francia.

<sup>344</sup> Artículo 1º 4) En el artículo 22, el tercer párrafo se sustituirá por el texto siguiente:

*Las autoridades nacionales de reglamentación tendrán, en particular, como misión garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva y, en su caso, establecer controles y procedimientos específicos para garantizar que se respetan los servicios reservados; asimismo podrán tener como misión garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de competencia en el sector postal.*

<sup>345</sup> INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, de 20883 de marzo de 2005, sobre la aplicación de la Directiva Postal (Directiva 97/67/CE modificada por la Directiva 2002/39/CE) [COM (2005) 102 final – Diario Oficial C 123 de 21.5.2005].

<sup>346</sup> INFORME DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, DE 18 DE OCTUBRE DE 2006, SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA POSTAL (DIRECTIVA 97/67/CE MODIFICADA POR LA DIRECTIVA 2002/39/CE) [COM (2006) 595 final – no publicado en el DO].

<sup>347</sup> DIRECTIVA 2008/6/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios



del servicio postal, la forma como deben prestarse los servicios y los sistema de concesión de las licencias y los mecanismos para contar con una transparencia contable, la fijación de tarifas asequibles para los usuarios y la determinación de las tasas de cada uno de los mismos, los criterios para la determinar la calidad del servicio y en la materia que nos ocupa, la separación de las actividades de reglamentación y de la prestación misma del servicio. A tal efecto, se indica que en el marco del mercado interior de los servicios postales, resulta necesario que cada uno de los Estados notifiquen a la Comisión cual es la Autoridad Nacional de Reglamentación designada para realizar y garantizar el cumplimiento de las tareas asignadas en la Directiva<sup>348</sup>, en particular las correspondientes a las normas de las competencia del sector postal, la protección efectiva de los usuarios y de las obligaciones de servicio universal a cargo de cada uno de los operadores, recalándose su importancia y el trascendental papel que tiene este tipo de organismos en el cumplimiento de las medidas y de la consecución de la competencia en el Sector de los servicios Postales<sup>349</sup>. Por lo tanto deben ser totalmente independientes<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> 20) El artículo 22 se sustituye por el texto siguiente:

*Artículo 22*

*1. Cada Estado miembro designará una o más autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal, jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de los operadores postales. Los Estados miembros que mantengan la propiedad o el control de proveedores de servicios postales velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función reguladora y las actividades conexas a la propiedad o al control.*

*Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades nacionales de reglamentación que hayan designado para realizar las tareas derivadas de la presente Directiva.*

*Los Estados miembros harán públicas las funciones que competan a las autoridades nacionales de reglamentación por medios de fácil acceso, en particular cuando tales funciones se asignen a más de un órgano. Los Estados miembros velarán por que, siempre que proceda, las citadas autoridades y las autoridades nacionales responsables de aplicar las normas en materia de competencia y de protección de los consumidores se consulten y cooperen en los asuntos de interés común.*

*2. Las autoridades nacionales de reglamentación tendrán como misión, en especial, garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva, en particular estableciendo procedimientos de supervisión y de regulación dirigidos a garantizar la prestación del servicio universal. Asimismo podrán tener como misión garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de competencia en el sector postal.*

*Las autoridades nacionales de reglamentación colaborarán estrechamente en el desempeño de sus funciones y se prestarán ayuda recíproca a efectos de facilitar la aplicación de la presente Directiva en el marco de los organismos existentes pertinentes.*

<sup>349</sup> Considerando (47) Es previsible que la función de las autoridades nacionales de reglamentación siga siendo crucial, en particular en aquellos Estados miembros en los que la transición a una situación de competencia no ha concluido aún. De conformidad con el principio de separación de las funciones reguladoras y las funciones operativas, los Estados miembros deben garantizar la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones. Este requisito de independencia se entiende sin perjuicio de la autonomía institucional y las obligaciones constitucionales de los Estados miembros, ni del principio de neutralidad con respecto al régimen de la propiedad en los Estados miembros establecido en el artículo 295 del Tratado. Las autoridades nacionales de reglamentación deben disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia y medios financieros para el cumplimiento de su misión.

<sup>350</sup> Considerando (48) Es frecuente que las funciones reguladoras sean ejercidas por varios organismos nacionales, por lo que resulta oportuno introducir mayor transparencia en la asignación de funciones y exigir a los diferentes organismos pertinentes encargados de la reglamentación del sector, de la aplicación de las normas de competencia y de examinar las cuestiones relativas a la protección del consumidor, que cooperen con el fin de garantizar un eficaz desempeño de sus funciones.

Otra de las modificaciones que se destacan que se incorporan mecanismos necesarios para certificar el cumplimiento de las disposiciones incorporadas en la Directiva y así como las propuestas correspondientes para mejorar los aspectos que tienen algún fallo<sup>351</sup>.

Las anteriores consideraciones permiten concluir, que un elemento indispensable para que exista la competencia en un sector económico en condiciones eficientes y competitivas, es la existencia de un organismo independiente encargado de garantizar el cumplimiento de unas condiciones mínimas, en la que se reconozcan los derechos de los usuarios y se presten todos y cada uno de los servicios atribuidos a los operadores, en condiciones de calidad, con tarifas óptimas y que las medidas que se adopten sean eficaces para la consolidación del mercado interno de servicios, atendiendo siempre a criterios equitativos, proporcionales y transparentes.

---

<sup>351</sup> CARRETERO MIRAMAR, JOSÉ LUIS. *La liberalización del Sector Postal*. Disponible: <http://correos-madrid.cnt.es/info/sites/default/files/adjuntos/Correos%20ICEA.pdf> [en línea]. Consultado 03/06/2011.

# Capítulo II

## Las Autoridades Independientes y el Modelo Comparado

---

### 2.1. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS

Con la crisis de la forma tradicional de administración que adopta el Estado, incapaz de dar una solución a las crecientes necesidades sociales y administrativas<sup>352</sup>, particularmente en lo que corresponde a la innovación, el cumplimiento de las tareas asignadas y su labor de prestador de los servicios<sup>353354</sup>, se incorporaron dentro de los diversos ordenamientos jurídicos las denominadas *comisiones, agencias, autoridades o administraciones independientes*<sup>355356</sup>.

Se debían caracterizar por su independencia política y jurídica, sumada a la imparcialidad, eficiencia, especialización técnica, con capacidad de autoregularse y con autonomía cualificada<sup>357</sup>, concebidas de forma ajena al modelo tradicional de jerarquía y dirección

---

<sup>352</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso de la...* Op.cit. Pp. 84 y

ss.

<sup>353</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “Conferencia: Las relaciones y delimitación... Op. cit. Pp. 63 y ss.

<sup>354</sup> SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”. En VVAA: *Revista de Derecho Administrativo*, núm., 42, abril-junio. 1984. Pp. 401-422. Los primeros antecedentes de independencia que se tienen corresponde a la separación de las actividades prestación de algunos servicios, los cuales serían prestados por sociedades mercantiles, con el fin de poder sustraer dicha prestación de la injerencia de los partidos políticos.

<sup>355</sup> BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA. “Las Agencias Independientes: Un Análisis Desde la Perspectiva Jurídico-Constitucional”. En VVAA: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N°. 3, 1999 (*Ejemplar dedicado a: Privatización y liberalización de servicios*), Pp. 163-184. Quien afirma que las Administraciones independientes no responden a una categoría homogénea y que sus creación está dada por razones técnicas o económicas cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales p la gestión específica de algún servicio público.

<sup>356</sup> SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “El Estado neutral...Op.cit. Pp. 402. Quien precisa que ha sido un error generalizado de algún sector de la doctrina el considerar que si existe un cierto grado de independencia el organismo puede entrar dentro de la clasificación de administraciones independientes; ni debe incorporarse dentro de esta categoría a cualquier autoridad que no encaje dentro de las clasificaciones tradicionales prevista en el ordenamiento jurídico.

<sup>357</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. *Autoridades Administrativas Independientes. Un Análisis Comparado de los Estados Unidos, El Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Ariel. Barcelona. 2002.

característica de las dependencias Ministeriales o Departamentales<sup>358</sup> (sin ningún tipo autonomía o independencia para el desarrollo de una política unificada para un sector en particular<sup>359</sup>); lo que se ha denominado como “desvinculación jerárquica”, proveniente de la independencia dada a estas entidades, con diversidad de funciones entre las que se destacan: la de regulación, la supervisión de sectores específicos de la economía, la prestación de servicios o la defensa y protección de los derechos fundamentales. Se les suele otorgar personalidad jurídica propia, y asimismo un conjunto amplio diversas potestades, principalmente la normativa.<sup>360</sup>

La legitimidad del Estado de Derecho en su noción clásica, entra en crisis, debido a su evidente ineficacia para la administración de los recursos, de la falta de conocimiento del aparato institucional en aspectos técnicos<sup>361</sup>, la cual se hace más notoria en tiempos contemporáneos,

---

<sup>358</sup> JIMENEZ DE CISNEROS CID, FRANCISCO JAVIER. *Los Organismos autónomos en el Derecho Público Español: Tipología y régimen jurídico*. Instituto Nacional de Administración Pública. Alcalá de Henares- Madrid. 1987. Obra que se constituye en uno de los primeros antecedentes sobre el estudio de esta figura en el Derecho español, bajo la denominación de Los Organismos Autónomos Neutrales. En su trabajo viene a precisar que la finalidad de la creación de este tipo de entidades era la de dotarlas de independencia respecto de la Administración del Estado a los que se encuentran vinculados y conseguir una neutralidad del Gobierno, particularmente, sobre los órganos de dirección y funcionamiento del Organismo, evitando de esta forma evitar la injerencia política en las actividades de la entidad. Tal como se indica la finalidad era la “profesionalizar” y por tanto, neutralizar el nombramiento de los cargos directivos, sustrayéndolos a la libre designación para premiar actitudes personales o políticas”.

<sup>359</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “Conferencia: Las relaciones y delimitación... Op. cit. Pp. 70 y 71. Quien precisa que efectivamente este tipo de entidades no podrían desarrollar políticas atendiendo al amplio grado de dependencia con entidades superiores de allí que se sirva precisar: “La independencia o autonomía reconocida así a este tipo de organizaciones - incluso la que lo es en los términos más amplios- es pues, siempre limitada en tanto que más bien de carácter” técnico” y otorgadas para asegurar el funcionamiento ordinario del mercado correspondiente conforme con criterios normativos superiores heterónomos. De medida en la que la eficacia de su actuación siempre está en función de la idoneidad del marco normativo superior aludido; marco, cuya actualización escapa a su disposición.” De este mismo autor PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno*. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero*. Arévalo. Madrid. Civitas. 1994. Pp. 635-652.

<sup>360</sup> CLAVERO ARÉVALO, MANUEL FRANCISCO. “Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas”. En VVAA: D.A. núm. 58, 1958. Quien alude que este tipo de organismos estarían sujeto a la aplicación de un “derecho singular y estatutario hecho a la medida de las necesidades de la actividad descentralizada y del organismo creado especialmente”.

<sup>361</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAS. *Economía y Estado. Crisis...* Op.cit. Pp. 51. El aparato institucional existente, no garantiza que los servicios liberalizados puedan prestarse de manera adecuada, atendiendo a que las ramas del poder público no pueden compaginar la problemáticas existentes con respuestas adecuadas o si las hay son costosas, de allí que sea necesario contar con una autoridad especializada a la que se le ha denominado autoridad reguladora con la característica de ser independiente de las ramas del poder público y con preparación técnica. “Se exige en este campo de decisiones dotadas al mismo tiempo de racionalidad técnica y firmeza política, cosas ambas no fáciles de conseguir a través del aparato del aparato institucional con el que nos manejamos en un Estado centralista y napoleónico. En efecto, el Parlamento se encuentra casi siempre muy lejos de estas instancias y a lo más que llega a emitir un mandato político general, dentro del cual cabe cualquier solución. La autoridad administrativo-burocrática de tipo tradicional se encuentra falta de legitimación política suficiente para este tipo de decisiones. Finalmente, la autoridad política (Consejo de Ministros) se encuentra en muchas ocasiones demasiado mediatizada por los intereses electorales y de partido, que impiden tomar aquellas decisiones que serían necesarias y convenientes a medio plazo, pero

cuando surgen nuevas esferas de la vida en sociedad, en las que se requiere la intervención de un administrador que regule y vigile el desarrollo de esas nuevas esferas económicas con clara influencia social<sup>362</sup>. En ellas, es necesario que las políticas que se manejen, no sean rígidas, atendiendo a las transformaciones que requieren de revisiones y ajustes para que se adecuen a la realidad imperante en el mercado y la solución que se de, sea adecuada al caso concreto y no corresponda a una solución general como sucede con las Leyes<sup>363</sup>.

De allí que se indique por parte TORNOS MÁS<sup>364</sup>, que el surgimiento de este tipo de entidades rompe así la línea clásica directa entre ley-gobierno-acto de intervención y se introduce una entidad de regulación que lleva a cabo las tareas reguladoras en base a una legitimación diversa, fundada esencialmente respecto del Gobierno en la competencia técnica de los miembros que componen el colegio decisor. Y esto es, exactamente, lo que ha roto, paulatinamente el Legislador y el Gobierno – igual en los Autonómicos – al avanzar imparablemente los partidos políticos en el asedio primero y asalto después a estas Agencias, hoy apenas apéndices de los mismos. Se ha roto la neutralidad técnica, se ha producido nombramientos en prácticamente todos los ámbitos de titulares carentes de la menor preparación técnica, faltos de toda experiencia, simples agentes políticos que, devotos a sus partidos y jefes políticos, han acabado con toda esperanza de lograr la seguridad jurídica. No son pocas las ocasiones en que, coloquialmente, permítasenos, se han utilizado para “aparcas” o “depositar” o “recompensar” servicios políticos a los fieles de cada congregación en que se han convertido los partidos políticos; de ahí la corriente denominación de “cementeros de elefantes”, cuando se usan como retiro de políticos en trance de jubilación o carentes de solución laboral. Naturalmente, fieles y devotos a sus jefes, han ido ocupando todo el espacio técnico muchas veces desde la más absoluta ignorancia. Lo cual es una corruptela que pone en cuestión la gracia y bondad de la creación y funcionamiento de tales Agencias. Hoy existen por imposición comunitaria, ya que la Unión Europea descubre en las Agencias, una forma de romper la jerárquica burocracia de las Administraciones de los Estados Miembros y genera así una “nueva burocracia quasi presencial supervisada a su vez por la correspondiente Agencia Europea. Es un factor de esta recentralización europea, probablemente necesaria, absolutamente necesaria como factor centrípeto para conseguir unificar las grandes políticas europeas. Y desde luego, en la medida en que consigue una cierta racionalidad, supone un avance progresivo en

---

*enormemente costosas a corto para el partido gobernante (elevación de tarifas o precios de transporte urbano). He aquí el problema a la hora de perfilar el aparato institucional más deseable para la regulación de los servicios: se exige una autoridad reguladora dotada al mismo tiempo de preparación técnica, independencia política y legitimación democrática”.*

<sup>362</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Liberalización de los Servicios*. Op. cit. Pp. 81. “Las Administraciones independientes se enmarcan en el proceso de crisis de la concepción rousseauniana de la democracia, basada en una concepción monolítica del poder que tiende a excluir por irresponsable todo ente exento de control político parlamentario, única expresión de la voluntad general y, por ello, única frente legítima de poder. Las Administraciones independientes se enmarcan en tradición menos absolutista, más cercana a la concepción de Locke, que parte de la heterogeneidad de poderes, para articular el reparto de funciones.”

<sup>363</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAS. *Economía y Estado. Crisis...* Op. cit. Pp. 51 y ss.

<sup>364</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. “El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales...” Op. cit. Pp. 107.

las posibilidades de homogeneización del Derecho y de las prácticas que se realicen sobre los sectores regulados que tengan como cabecera a la norma comunitaria. Pero al mismo tiempo, en el ámbito de la pura ejecución administrativa, es donde interviene, con todo su vigor, la politización sectaria de tales Agencias. En otras palabras, las Agencias no suponen, ni de lejos, el “gobierno o administración de los mejores”. No hay en ellas una meritocracia weberiana<sup>365</sup>, sino que con abierto designio político se produce en ellas la técnica de la “agencia de colocación” de fieles, seguidores, y partidarios. Tanto que cuando cambia el Gobierno, si puede en su agónico período final ya transitorio, procura nombrar en ellas a descolocados amenazados con un paro inminente, lo cual, suele ser contestado, inclusive, hasta con el drástico y crítico cambio de la propia Agencia si es necesario.

Hay que comenzar a establecer una “buena regulación” lo cual en países de cultura latina, con la “*devotio ibérica*” detrás de los nombramientos, exige un mecanismo de nombramientos totalmente distinto como el que, por imposición de la “troika” comunitaria se ha hecho en Portugal con la CRESAP<sup>366</sup>.

Por otro lado, al constituirse las Agencias en un “*Gobierno de políticos sobre un fragmento de Estado*”, resulta que la prolongación de un mandato por parte de un miembro de un partido cesante en el Poder, si bien puede servir para contrabalancear el abuso dominante de los recién nombrados por el nuevo Gobierno, también pueden ser la fuente de puros obstáculos, frenos, deslealtades y faltas de confidencialidad, que entorpecen el normal desenvolvimiento de la Institución.

O se admite que el Estado “*neutral*” debe ser eso exactamente, neutral, o por el contrario, lo que se produce sin más es un inestable desorden de desencuentros y fugas de información, que no responden en absoluto a la idea teórica que debería presidir la creación de estas Agencias.

---

<sup>365</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “*La Potestad normativa...* Op. cit. Pp. 636 y 637. Indicando que si bien este tipo de entidades nacen para y en sectores claves de la economía, no dejan de ser una perturbación o conmoción para el sistema administrativo, el otorgamiento de funciones tradiciones como la legislativa, ejecutiva o judicial no es del todo clara y por consiguiente la respuesta a las problemáticas que se plantean en un mercado en concreto pueden ser insuficientes por esa mixtura de elementos que se aglutinan en una sola entidad.

<sup>366</sup> SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO y BILHIM, JOÃO. “*La racionalidad política y técnica*. Op. cit. Pp. 40 y ss. La CReSAP, en su corto espacio de vida, ha tenido dos leyes: una de creación en 2011 (referida a la selección de la Alta Burocracia) y otra de ampliación (referida a los Gestores Públicos). En diciembre de 2011 se aprobó la Ley 64/2011 de modificación del reclutamiento, selección y provisión de cargos públicos y la creación de la CReSAP, que afecta a un segmento del Alto Funcionariado. Esta ley viene a romper la unidad de designación, el monopolio en el nombramiento, que tenía, como vimos antes, la clase política. Esta Comisión elegida parlamentariamente reduce la discrecionalidad técnica introduciendo, como veremos a continuación, doce criterios técnicos.

La Comisión es independiente del Gobierno y los peritos y sus componentes no pueden solicitar ni recibir instrucciones del Gobierno ni de cualquier otra empresa pública o privada. Se compone de un Presidente; hasta 5 Vocales Permanentes que han de tener reconocido mérito profesional, credibilidad e integridad profesional; 1 Vocal No Permanente adornado de iguales condiciones profesionales que estará adscrito al Ministerio pero no al Servicio concreto donde se necesite el candidato; y finalmente, una bolsa de peritos de entre 20 a 50 miembros que sean expertos en materias técnicas específicas y que tengan asimismo las mismas características citadas.

La necesaria regeneración institucional, tiene aquí, en el campo de las Agencias, un ámbito abonado para ponerse en marcha<sup>367</sup>. En consecuencia, se va a describir, quizás desde la irrealidad que proporciona el Derecho teórico, unas Agencias que están absolutamente necesitadas de regeneración, añadiendo que los últimos cambios que se están produciendo en estas Agencias, a la cabeza de las cuales la nueva CNMC, con respeto a las personas, continúa siendo una muestra de puro reparto de poder político, con algunas excepciones que difícilmente van a contrabalancear el “*modus procedendi*” de tal Agencia, por lo que difícilmente también van a constituirse en el modelo de neutralidad que se necesita y difícilmente la confidencialidad, la seguridad jurídica y en definitiva la estabilidad en los mercados y la certeza para las empresas y agentes económicos van a poder disponer de la imprescindible regeneración que se necesita.

Con esta advertencia, volvamos al papel que el Derecho, *en teoría*, les asigna.

Estas Administraciones, nacen en determinados sectores de la sociedad en los que se requieren de especiales conocimientos técnicos para su funcionamiento<sup>368</sup>, sumados a la complejidad de cada sector, su gran dinamismo y rápida evolución, lo cual requiere que las decisiones que se adopten cuenten criterios objetivos, con sumado a su independencia y de un tipo de administración neutral<sup>369370</sup>. Por tal motivo, cuanto más neutral sean los entes que intervienen

---

<sup>367</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. 3ª edición. CRITICA S.L. Barcelona. 2012, en igual sentido SORIANO GARGÍA, JOSÉ EUGENIO Y GONZÁLEZ VARAS- IBAÑEZ, SANTIAGO. “Crónica de un acontecimiento: la presentación política del “Informe sobre España” de Santiago Muñoz Machado”. En VVAA: El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. Iustel. Nº. 34. Febrero. 2013. Pp. 40-51 y. ACEMOGLU, DARON y ROBINSON, JAMES A. Por que Fracasen los Países. DEUSTO S.A. EDICIONES. 2012.

<sup>368</sup> LOPEZ RAMON, FERNANDO. “El Consejo de Seguridad Nuclear: Un ejemplo de Administración Independiente”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 126. Septiembre-diciembre de 1991. Pp. 189-216. Quien alude que estas administraciones cuenta con rasgos característicos de las administraciones institucionales como lo son creadas para alcanzar unos fines concretos, cuentan con una serie de poderes claramente definidos, pero al dotarlas de independencia se busca garantizar su gestión ajena a las luchas partidistas existentes.

<sup>369</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado. Crisis...* Op.cit. Pp. 60 y ss. Este autor el acápite denominado VI. Reforma del sistema: hacia la creación de un organismo regulador independiente. Sobre las diversas fórmulas utilizadas en varios países antes de la implantación en muchos de ellos por el modelo de las agencias independientes. La fórmula intermedia fue la creación de Comités o Juntas de Regulación de carácter técnicos ajenos a los intereses partidistas, integrados por expertos sobre los temas y en cierto grado independencia y encargados de confrontar las ley con los estudios, balances y demás estudios elaborados por las compañías. Pero la creación de las agencias independientes, responde a evitar que se sacrifiquen objetivos a largo plazo, contando con una administración neutral e independiente “*Todas estas manifestaciones están en una línea de pensamiento que apunta a la objetividad e imparcialidad propia de los expertos, como el necesario contrapunto a un mando político de partido, que en cada momento ocupa el Estado, con los objetivos parciales y a corto plazo. Dicho con otras palabras. Se pretende que ciertas funciones de regulación y ordenación, de la vida social, económica o cultural, aun cuando estén materialmente integradas en el Ejecutivo, queden sustraídas por el legislador, de una manera estable y permanente, a la influencia indiscriminada de las mayorías*”. Tesis que no es seguida por HERNANDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y Competencia en el Sector Eléctrico. (Evolución, Regulación actual y Perspectivas de Futuro)*. The Global Lay Coleccion Legal Studies Series. Thomson- Aranzadi. Navarra. 2005. Quien haciendo una interpretación del Derecho Comunitario y de la lectura de Villar Rojas, indica que no es necesario contar con organismos independientes entendidos como comisiones reguladores, sino que a través de direcciones Generales, la función reguladora podría ser ejercida.

en estos especiales sectores de la Administración<sup>371</sup>, más eficaz será su gestión, como lo precisa FERNANDEZ RODRIGUEZ: *“A esos esquemas conceptuales responde la fórmula de un ente público gestor, de composición plural y, por tanto de origen y dependencia no gubernamental (o no exclusivamente gubernamental) y vinculado, parcial e indirectamente al menos al Parlamento”*<sup>372</sup>. Su configuración dentro del esquema tradicional denota una alteración dentro de la distribución de competencias y de ramas del poder público, en el entendido que estas nuevas entidades vienen a ejercer una nueva función, a pesar de lo cuestionado que puede llegar a ser, que es la tantas veces citada “regulación”, la cual es hoy una nueva función con un carácter independiente de las potestades tradicionales, pero que no involucra la ruptura dentro del modelo constitucional, ni tampoco se constituye en un elemento que afecta al Estado Social y Democrático de Derecho.<sup>373</sup>

Estas Autoridades Administrativas han adquirido tanta importancia, dentro de los ordenamientos jurídicos, que han llegado a ser considerados como un *cuarto poder* por su gran independencia, aspecto que ha sido rebatido tanto doctrinariamente como jurisprudencialmente. No obstante, otro sector de la doctrina se opone a esta afirmación, considerándola un tanto exagerada, *“la ley ordinaria nunca ha creado un cuarto poder, expresión esta última claramente exagerada o excesiva, pero expresiva por ilustrativa del alcance que se reconoce al fenómeno”*<sup>374375</sup>, atendiendo a que las Constituciones señalan como regla que no pueden existir

---

<sup>370</sup> SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. *“El Estado neutral...”* Op. cit. Pp. 404. Autor que trae a colación la construcción doctrinal de Carl Schmitt quien desarrollo el postulado del principio de neutralidad, concebido para definir la posición del Jefe de Estado en el sistema constitucional, se hace extensivo aquellos centros de carácter autónomo e independiente, cuya característica fundamental es su objetividad e imparcialidad proveniente de sus conocimientos lo cual los hace expertos a los asuntos y por consiguiente ajenos de los controles ministeriales, aspecto que posteriormente será desarrollado por parte de FICHTMÜLLER, quien acota la definición del ejecutivo neutralizado políticamente, definiéndola como lo indica SALA ARQUER en los siguientes términos *“neutralidad significa, en este contexto-dice este autor- el hecho de sacar fuera del sistema de decisión de mayorías, la exclusión de la influencia dominante de las fuerzas políticas, las cuales determinan el principio la actividad del Estado en el sistema de gobierno parlamentario”*.

<sup>371</sup> BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA. *“Las Agencias Independientes...”* Op. cit. Pp. 170. La crisis de la legitimidad en la gestión político-partidista, condujo a que se busque por la profesionalización en determinados sectores, sujeto a criterios técnicos y especializados. De allí que se opte en determinados sectores por una separación entre el Gobierno y la Administración. Tal como lo precisa este autor las administraciones independientes *se presentan como una alternativa eficiente y neutral frente a la Administración tradicional, de impronta napoleónica, en un contexto de acusado desprestigio de lo público”*.

<sup>372</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *“Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes”*. En VVAA. *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental*. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Arévalo. Madrid. Civitas. 1994.

<sup>373</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso...* Op. cit. Pp. 26.

<sup>374</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *“La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”*. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental*. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Arévalo. Madrid. Civitas. 1994. Pp. 636.

<sup>375</sup> BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA. *“Las Agencias Independientes...”* Op. cit. Pp. 167. La autonomía de estas entidades no puede ser considerada como un cuarto poder, ni tampoco que no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, sino que estas cuentan con una independencia relativa tanto del Parlamento como del Gobierno, en determinados supuestos las demás ramas pueden controlar la actividad que es desempeñada por parte de este tipo de Comisiones. *“La autonomía, tanto en el plano personal como en el funcional, es,*



entidades sin contar ningún tipo de control<sup>376</sup> y dependencia de una de las tres ramas del poder público. De ahí como veremos más adelante se hayan reforzado los sistemas de controles respecto a las mismas.

#### 2.1.1. Características de las Autoridades Independientes

Las principales características de estas entidades radican en su autonomía e independencia<sup>377</sup>, consideradas asimismo como garantías frente a la Administración Central del Estado<sup>378</sup>. Pero estos elementos no pueden ser entendidos de forma tan absoluta, al punto de llegar a considerarlas como entes aislados de la Administración. Además, sería un contrasentido llamarlas Administraciones pero a la vez considerarlas entes desligados de los demás poderes estatales debido a su alto grado de autonomía e independencia: “*para comprender este debate*

---

*pues, limitada. En palabras de Betancor, lo que se pretende no es tanto privar al Gobierno de sus poderes, como regularlos para objetivarlos, para neutralizarlos políticamente. Las autoridades administrativas independientes no representan un <<cuarto poder>>, como a veces se ha dicho. No van por libre. Son entidades que se insertan dentro del poder ejecutivo y disfrutan de una <<independencia relativa>>, puestos que los lazos con el Gobierno y el Parlamento no se rompe del todo. Se mantienen abiertos una serie de cauces que permiten al Gobierno influir en el funcionamiento de estos organismos, cauces que no existen, por ejemplo, en el caso de los órganos judiciales”.*

<sup>376</sup> Un ejemplo de este supuesto podemos verlo CONSTITUCIÓN DE 1978 en la que se indica:

#### TÍTULO IV.

#### DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN.

##### Artículo 97.

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

<sup>377</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “*Las Administraciones Independientes. En Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas*”. En VVAA: *Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo*. Madrid. Civitas. 1994, de este mismo autor, Voz “Administración independiente (Introducción)”. En VVAA: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas, 1995. Vol. I. Pp. 284-292.

<sup>378</sup> JIMENEZ DE CISNEROS CID, FRANCISCO JAVIER. *Los Organismos autónomos...* Op.cit. Pp. 312 y ss. Quien enumera que dichas garantías se concretan en:

- a) Carácter Orgánico: Donde la designación de los miembros directivos de dichos Organismos, requieren de la participación conjunta tanto de las Cortes Generales como del Gobierno. Asimismo, los nombramientos están supedita exigencia de una serie de condiciones, como es la de acreditar la capacidad tanto profesional, competencia y experiencia en el campo correspondiente. El carácter colegiado de este tipo de Organismos, estableciéndose un sistema de mayorías para la toma de decisiones por parte de la entidad. El establecimiento de un plazo de duración de los mandatos de los directivos, superior al de la legislatura, lo que se traduce en una de la principales instrumentos para garantizar la independencia de los directivos para el desempeño efectivo de sus funciones. Y por último cerrando este conjunto de funciones, el establecimiento de una lista cerrada de motivos por los cuales se producirá o bien el cese o la destitución de los directivos.
- b) Garantías funcionales: La asignación de competencias propias y facultades de actuación con autonomía respecto a la Administración General del Estado, lo que implica que la creación de este tipo de Organismos implica la eliminación de las facultades de dirección característica típica de las relaciones de jerarquía entre los órganos pertenecientes a una persona jurídica, o ente el Estado u otro tipo de organismos autónomos, así como, la eliminación de las órdenes, instrucciones y *del poder de sustitución de sus decisiones por otras dictadas por órganos de la Administración Central del Estado y, consecuentemente con ello, quiebra del sistema ordinario de alzas y, finalmente, aplicación de un control de mera legalidad sobre sus actos.*

*entre vinculación e independencia, y la solución a la que se ha llegado, debemos interpretar estos términos, en el contexto en que son utilizados; cuando la ley habla de independencia de estos entes no lo hace para reconocerles una independencia rigurosa o estricta y menos aún absoluta”*<sup>379</sup>.

El proceso de incorporación de estas entidades dentro de los diversos ordenamientos, no ha sido pacífico y por lo general ha creado diversas controversias y enfrentamientos entre las ramas del poder público, lo cual es natural, pues dichas entidades son un elemento extraño a la estructura clásica del Estado<sup>380</sup>.

Esto ha supuesto que se hayan presentado dos reacciones: la primera, se han considerado como entidades realmente autónomas, como órganos teóricamente independientes, pero que realmente están bajo el control y supervisión del Ejecutivo o del Legislativo desmintiendo en parte esa configuración. Y la segunda como entidades que afectan la estructura tradicional del Estado y su división tripartita y su carácter de independiente, alude a la ausencia de controles por parte del Estado o de cualquier otra rama del Poder Público en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas por parte de la Ley, sin dejar de lado que son creadas a través de Leyes y no por parte de la Constitución.<sup>381</sup> Como a través de las mismas se pretenden alcanzar objetivos específicos, como recuerda PAREJO ALONSO, ello viene a suponer la inexistencia de un modelo general respecto de este tipo de entidades<sup>382</sup>. La situación es pues problemática, ya que ni cuentan con directo respaldo constitucional, ni configuran un modelo homogéneo sino circunstancial, ni su independencia ha llegado a ser realmente tal, pese a lo cual en el modelo teórico que a continuación explicamos, es un elemento esencial. Y realmente sería deseable que si se desea su continuidad sin vaivenes, esa independencia pase a ser de teórica a real.

A pesar de la problemática que ha surgido en torno a su incorporación, son dos las características esenciales que deben reunir este tipo de entidades, para ser consideradas como tal: la independencia y la neutralidad; la primera con relación al Gobierno y la segunda hace relación a su gestión.

---

<sup>379</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*. Tecnos. 1ª reimpresión. Madrid, 1993.

<sup>380</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La potestad normativa...* Op. cit. Pp. 637.

<sup>381</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “*Conferencia: Las relaciones y delimitación...* Op. cit. Pp. 78. Quien precisa un listado de elementos que determinan la creación de estas entidades con el fin de evitar una proliferación de este tipo de entidades:

- *Acotamiento del sector a organizar sobre la técnica de la regulación en atención a criterios idóneos y relevantes.*
- *Determinación de los fines a conseguir y por tanto, las tareas reguladoras a cumplir en consideración y a la vista de las características del sector (y mercado) previamente acotado y teniendo en cuenta que las referidas tareas, en cuanto necesariamente públicas, han de integrar, por definición, una actividad regida por el Derecho público y concretamente, administrativo.*
- *Diseñar de la organización idónea (en cuanto a estructura, integración y funcionamiento)*

<sup>382</sup> *Ibíd.* Pp. 78.

### 2.1.1.1. Independencia

La independencia radica, esencialmente, en la estructura de las Autoridades Independientes - solo un organismo que logra una real independencia del Gobierno puede desarrollar su gestión de una manera neutra-, como lo expresa en forma más precisa el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>383</sup>: “ *la creación de estos entes obedece a una voluntad consciente de limitar en todo caso la incondicionada disponibilidad de los mismos –y de las funciones que en cada caso se le confían- por parte del Gobierno de turno, esto es, de neutralizar políticamente su gestión, apartando ésta, en lo posible, de la lucha partidista*”. Sumado a la anteriores consideraciones, la independencia estaría dada al no pertenecer a ninguna de las ramas poder público, ni tampoco se encontrarían sometidas o subordinadas al poder Ejecutivo, sino que están sujetas a controles tanto del Gobierno, del Parlamento y de los Jueces, como elementos integrantes del sistema integral, dotado con una serie de particularidades provenientes de la funciones y atributos que les permite de manera rápida y eficaz dar respuesta a las nuevas necesidades de la colectividad<sup>384</sup>.

¿Pero qué debe entenderse por independencia? No debe entenderse como una entidad aislada y ajena a los criterios de otra entidad, sino que la independencia a la que se refiere como característica fundamental de las Autoridades Administrativas Independientes, alude al grado por el cual puede desarrollar de manera efectiva y eficiente las funciones que le han sido asignadas<sup>385</sup>, más allá de la forma jurídica atribuida por parte del Legislador para el cumplimiento de las mismas. Asimismo, la independencia de este tipo de entidades se mide en independencia de su personal, orgánica, funcional y económicamente. Y esta autonomía, incide en su régimen de funcionamiento, ya que una de las características fundamentales es que los miembros que la componen si bien son designados por parte del Gobierno, no pueden ser cesados en el cargo de forma discrecional y menos aun cuando estos se sustraen de las órdenes particulares de éste, aspectos que detallaremos posteriormente<sup>386387</sup>.

---

<sup>383</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Thompson-Civitas, Madrid, 14ª ed., 2008.

<sup>384</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La potestad normativa...* Op.cit. Pp. 637 y ss. “*De lo dicho debe retenerse como decisivo el hecho de que las Administraciones independientes representan instituciones de nuevo cuño y de difícil encaje- fundamentalmente en razón a la nota de su independencia- en el cuadro institucional y político tradicional o establecido, pero dotadas de un verdadero poder público decisorio que las convierte en auténticos ordenamientos autónomos en el seno del ordenamiento general del Estado*”.

<sup>385</sup> PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo II- Organización y empleo público*. Capítulo VIII. Administraciones Independientes. Decimonovena edición. Marcial Pons. Madrid. 2007. Pp. 261-294.

<sup>386</sup> HERNANDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y...* Op. cit. 141 y ss.

<sup>387</sup> SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “*El Estado neutral...* Op. cit. Pp. 410. “*La posición jurídica de las administraciones independientes va a quedar, pues, definida, por una tensión entre principios favorecedores de su inmunidad frente al control y dirección del Gobierno, y sus principios destinados a salvaguardar la unidad de la acción del Estado. De ahí que el resultado de esa tensión consista siempre en una solución de compromiso: no todos los medios de control son legítimos; tan sólo cabe una <<influencia limitada>>. El problema reside entonces en determinar hasta dónde puede llegar esa influencia gubernamental, sin desnaturalizar el carácter propio de estos organismos, y en fijar cuáles pueden ser las legítimas garantías de su independencia. Ahora bien, este análisis debe hacerse diferenciando los dos grandes grupos a que antes*

La tendencia que se ha dado y atendiendo a la importancia de los sectores a regular y las previsiones europeas, se ha optado por unas condiciones de *no-dependencia respecto del conjunto del aparato administrativo del Estado*<sup>388</sup>.

Por lo tanto, la independencia debe ser entendida respecto a los *Administraciones Independientes*, como no soportar ningún tipo de injerencia política o como lo denomina TERRON SANTOS<sup>389</sup> por ser *políticamente neutralizados*. Esto es, que desempeñan sus funciones al margen de cualquier tipo de relación de superioridad con relación a otra entidad (estas relaciones deben ser entendidas como relación de jerarquía, supremacía, tutela) gozando en general de personalidad jurídica (la tendencia Comunitaria es que este tipo de entidades cuenten con personalidad jurídica propia); precisándose, que si bien, no existe ninguna relación jerárquica con el Gobierno, no implica que este tipo de entidades desempeñen políticas u objetivos diferentes a las Políticas del Estado, sino que se prevé que a través de la coordinación prevista como principio de organización y funcionamiento de la Administración del Estado<sup>390</sup> exista una interrelación entre los diversos organismos, además del sometimiento a los Reglamentos de carácter general que dentro de sus competencias dicte el Gobierno, sin dejar de lado su vinculación a la leyes aprobadas por el Parlamento.<sup>391</sup>

Si bien la independencia es uno de los aspectos que se destaca de este tipo de entidades<sup>392</sup>, se considera por parte de la doctrina que no puede ser considerada de manera plena, en razón a la forma como se componen particularmente, en la forma de designar a sus miembros, sin dejar de lado las relaciones que se entablan particularmente con el Gobierno que no permiten predicar una independencia total o un desapoderamiento del Gobierno<sup>393</sup>, y se ha considerado que si

---

*hemos hecho referencia: las administraciones independientes por razones técnicas o económicas- la neutralidad de los expertos y las administraciones cuya independencia viene exigida como parte de las garantías de un derecho fundamental”.*

<sup>388</sup> GARCIA LLOVET, ENRIQUE. “*Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 131. Mayo – Agosto 1993.

<sup>389</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso...* Op. cit. Pp. 88.

<sup>390</sup> LEY 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. (BOE Núm. 90, de 15 de abril de 1997).

<sup>391</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado. Crisis...* Op. cit. Pp. 62 y ss.

<sup>392</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *L’expérience espagnole en matière d’ autorités administratives indépendantes. Contributions*. En: CONSEIL D’ÉTAT RAPPORT PUBLIC 2001 *Jurisprudence et avis de 2000 Les autorités administratives indépendantes* ÉTUDES & DOCUMENTS N° 52. Pp. 411-426. Quien precisa en este escrito, que la independencia es la cuestión central de este tipo de administraciones. Dicha independencia es reconocida por parte de la doctrina cuando la Ley crea una determinada entidad y busca principalmente que el Gobierno no pueda interferir en el ejercicio de sus funciones, para la cual la dota de cinco garantías fundamentales como lo son su independencia persona, institucional, funcional, las relativas a la organización interna y la económica financiera. Pero estas características no pueden desconocer que bajo determinados supuestos tanto el Gobierno, como el Parlamento puedan adoptar decisiones que les permitan controlar a este tipo de entidades o en determinadas circunstancias, ejercer las funciones encomendadas a dichas entidades.

<sup>393</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado. Crisis...* Pp. 63. En ciertos supuestos y atendiendo a su carácter de excepcionalidad algunas decisiones pueden ser revisadas por parte del Gobierno. El autor precisa sobre aspecto lo siguiente “*Ello no supone en modo alguno un desapoderamiento del Gobierno; la decisión de la Comisión sería revisable por el Gobierno con ciertas condiciones. Se trataría de un sistema mixto en el que se combinasen ambas instancias, mediante la asignación inicial de competencia para regular el servicio*

bien las Comisiones tienen cierto grado de autonomía en la determinación de algunos aspectos de su funcionamiento, no son realmente independientes en razón a que hay instancias ajenas a las mismas que determinan su composición. De ahí como indica TORNOS MÁS<sup>394</sup> se debe hablar de *Autonomía como existencia de un ámbito de decisión propia no susceptible de control político por parte del Gobierno. Pero al mismo tiempo se le reconoce que este ámbito de decisión propio, que formalmente existe, queda empañado por un dato legal: Los miembros de estos entes son nombrados por el propio Gobierno y pueden ser renovados por el mismo Gobierno*. De allí que la mayor independencia de un órgano esté dada, no solo por la limitación del poder de designación y remoción de los miembros que hacen parte del órgano de dirección de dichas Administraciones (órgano colegiado, conformado por un número impar de miembros, con plazo establecido para la duración de su mandato y con unos motivos definidos para su cese en el cargo, aspecto que puede ser aprovechado por parte del Gobierno para designar en el cargo personas de su misma filiación política), sino que resulta fundamental que la independencia esté dada en el aspecto funcional de la entidad, en el entendido que sobre ella no puede ejercerse ningún poder de dirección jerárquica. Esto es que se produzca la eliminación de los recursos ante el Gobierno, y que sus decisiones deben ser debatidas, en su caso, en sede judicial, como un mecanismo para garantizar su independencia y neutralidad como organismo<sup>395</sup>.

En síntesis la independencia que se predica de las Autoridades Independientes, en concreto de las Comisiones Reguladores está dada en razón de dos tipos de vectores<sup>396</sup>:

---

(especialmente las tarifas) a la Comisión, que las elevará al Gobierno, el cual podrá suspender su aplicación por razones de interés nacional, mediante resolución motivada y publicada. En tal caso, el Estado asumirá la responsabilidad económica a que hubiese lugar, compensando a la empresas por la diferencia entre el precio real y el precio político”.

<sup>394</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. “El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales... Op. cit. Pp.123.

<sup>395</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “Las Administraciones... Op. cit. Pp. 654. Cita 3 donde precisa “Claro está que también puede hablarse de una mayor o menor independencia y neutralidad. Así cuando el organismo en cuestión es gobernando únicamente por un órgano monocrático, la independencia y neutralidad dependerá sólo del status del titular del éste. Tratándose de órganos colegiados la neutralidad y la independencia pueden medirse en función del número de vocales que quedan a la libre designación y remoción de la instancia gubernamental. Otras condiciones, tales como el reconocido prestigio o la calidad profesional, están desprovistas de todo control judicial. Una argucia muy frecuente para dar la apariencia de órgano independiente al que realmente no lo es, consiste, con frecuencia, en distribuir los puestos del órgano colegiado de forma que los de libre remoción y nombramiento sean mayoría. En esta materia hay que descorrer los velos y proceder a una profunda disección para encontrar el núcleo del poder y definir si el organismos está o no realmente controlado por el Gobierno. Ciertamente que también puede hablarse, como señala el mismo autor, de unas garantías de independencia funcional (afirmación de la independencia y neutralidad del organismo, eliminación de las facultades de dirección jerárquica, rechazo de los recursos de alzada), pero de éstas hay muy diversas causas, por unas y otras técnicas, múltiples ejemplos en los órganos ordinarios de la Administración (registros, tribunales de oposiciones, ejercicio de funciones puramente técnicas, inspecciones, etc.) y que por ello no constituyen un rasgo típico de la administración independiente que estamos considerando”.

<sup>396</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión del Mercado...* Op.cit. Pp. 46 y ss.

VECTORES DE LOS CUALES SE PREDICA SU INDEPENDENCIA	
AGENTES DEL SECTOR	FUERZAS POLITICAS
Los organismos deben actuar con imparcialidad, es la razón principal por la que se justifica su creación. Lo que implica que debe ser ajeno a cualquier tipo de injerencia por parte de los agentes del sector e evitar su captura. De allí que sea necesario contar con estatuto sólido y un régimen en que determinen los supuestos de conflictos de intereses respecto a las partes a regular, con el fin de evitar situaciones de privilegio o de favorecimiento respecto a un operador.	La independencia viene dada a que el regulador debe estar sustraído, órdenes y en general de la influencia del Gobierno (pero debe tenerse presente que el organismo regulador en ejercicio de sus funciones debe atender dirección política que ejerce el Gobierno, de allí que sus planes de actuación deben adecuarse a las políticas gubernamentales diseñadas por parte del Ejecutivo). De allí que se indispensable contar con mecanismos para que no sea tan injerencia y no exista una afectación a la funciones encomendadas al regulador y la legitimidad de las autoridades administrativas dentro de la concepción del Estado.

**Cuadro 2 - Creación Propia: Vectores de los cuales se predica su independencia.**

### **2.1.1.2. Neutralidad**

La neutralidad<sup>397</sup> se concreta cuando, la relación que las autoridades sostienen con el objeto a regular, se caracteriza por no atender a ningún otro criterio que no sea de carácter técnico<sup>398</sup>, dejando de lado toda intervención política que pueda producirse por parte del Gobierno en este tipo de entidades<sup>399</sup> o de alguna injerencia de los operadores involucrados en el sector a lo que

<sup>397</sup> SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “*El Estado neutral...* Op. cit. Pp. 405 y ss. La importancia de este estudio, es la clasificación que se realizada de las administraciones y el grado de neutralidad imperante en ellas, precisando que no puede manejarse como conceptos sinónimos el de neutralización y neutralidad. De las diversas clasificaciones realizadas solo atenderemos a la que corresponde al el Ejecutivo políticamente neutralizado, donde gira el aspecto fundamental de la independencia y por consiguiente la neutralidad, en el entendido de que se encuentran ajenas del control político, sin dejar de lado como lo señala el autor su incidencia y afectación con la estructura misma del Estado. De allí que la neutralidad que desarrolla el autor se fundamente en dos principios desarrollados por la doctrina alemana que corresponde a que hay neutralidad cuando existen conocimientos técnicos o lo que fue definido por SCHMITT como la neutralidad del experto y la existencia de grupos políticos en paridad.

<sup>398</sup> CHANCERELLE DE MACHETE, RUI. “*Estatuto e regime das entidades reguladoras, em especial dos Bancos Centrais*”. En VVAA: *La Regulación Económica en Especial, La Regulación Bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*. Director: Manuel Rebollo Puig. Iustel. Madrid. 2012. Pp. 83-104. Quien precisa que el concepto de neutralidad y el concepto de una administración neutral aparece por primera vez con Carl Schmitt en el año 1930, quien preciso en su momento la creación de poderes neutrales, ajenos a los interés particulares, entendidos como los poderes provenientes de la clase dirigente y de los partidos políticos. La solución propuesta era la creación de poderes neutrales, que evitarían la confrontación de interés particulares en las decisiones económicas de un país.

<sup>399</sup> TRONCOSO REIGADA, ANTONIO. “*Las Agencias de Protección de Datos como administración Independiente*”. En VVAA: *Las Administraciones independientes*. Coordinadores. PAUNERCHULVI, CRISTINA y TOMÁS MALLÉN, BEATRIZ. Tirant Monografías 654. Valencia. Tirant lo Branch. 2009.

se le ha denominado como una neutralidad de carácter político<sup>400</sup>, que se fundamenta en dos grandes aspectos como recuerda BILBAO UBILLOS<sup>401</sup>: la mayor competencia de los expertos, proveniente por los conocimientos técnicos específicos sobre los temas objetos a regular o de las funciones encomendadas a las Comisiones, que incide en la forma como adoptan sus decisiones sin ningún tipo de interferencia políticas y, como un segundo aspecto que garantiza la neutralidad, es la importancia de que un ente imparcial garantice la prestación de los servicios públicos<sup>402</sup>.

El hecho de que este tipo de entidades vengan a quebrantar la estructura tradicional de las tres ramas del poder (ejecutiva, legislativa y judicial), que han asumido la mayoría de ordenamientos en su composición administrativa, y que “*su independencia ponga en cuestión pilares básicos de nuestro sistema administrativo y del Estado de Derecho*”<sup>403</sup>, afectando principalmente los principios de unidad y de jerarquía administrativa<sup>404</sup> no quiere decir que

---

Quien indica que estas entidades cuentan con unas particularidades propias y que su neutralidad e independencias es diferente y real a diferencia de la independencia reconocida a los entes de carácter descentralizado. Las autoridades administraciones independientes cuentan con una independencia de carácter política y de las funciones que desempeñan.

“*De lo dicho hasta ahora podemos sacar algunas conclusiones. Acabamos de ver como las funciones que desarrollan las AAII son más neutrales que las que desempeñan las Administraciones Institucionales, y que éstas exigen, para su correcto desenvolvimiento, la independencia de las instancias políticas. Lo que queremos señalar ahora es que la independencia real de estas Administraciones es muy distinta a la independencia de los entes surgidos de la descentralización territorial ya que estos entes – Ayuntamientos y CC.AA-, siendo también independientes, no realizan funciones neutrales sino que son centros políticos, que reclaman independencia de la Administración Territorial, para pasar a conectar con la soberanía popular en su espacio geográfico. Administraciones Territoriales y AAII son centros independientes, pero son los primeros centros políticos independientes, ya que las AAII desarrollan funciones neutrales.*

*Como puede verse, estamos utilizando simultáneamente en dos direcciones distintas el término neutralidad. En primer lugar, la neutralidad la entendemos como independencia del poder político, como un conjunto de garantías formales y sustanciales que hacen neutral – no partisano, no adscrito, no dependiente – a un órgano administrativo. En segundo lugar, aplicamos el término neutralidad – en coincidencia con el primer y segundo significado que daba Schmitt al término – a determinadas funciones, que no traslucen una dirección política propia del órgano administrativo, ni son libres en fines, ni se mueven por criterios de oportunidad, ni son concreción de un decisionismo del órgano administrativo; al contrario, entendemos por funciones neutrales aquellas funciones que no se determinan por la voluntad del órgano administrativo sino atendiendo al derecho, a los criterios técnicos, a la aplicación de un parámetro, etc. La función neutral por excelencia es la función judicial, y en general, todas las funciones judiciales”.*

<sup>400</sup> SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “*El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*”. En VVAA: Revista de Derecho Administrativo, núm., 42, abril. Junio. 1984. Siguiendo con los postulados dados por Sala Arquer, TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso...* Op. cit. Pp.97. *En todo caso, está pacíficamente admitido que es preciso garantizar la neutralidad política en el desarrollo de ciertas actividades o en el ejercicio de determinadas funciones, alejándolas de las influencias de las mayorías políticas, o de la posibilidad de usarlas como moneda de cambio para lograr apoyos políticos en determinados momentos, cuando no existan mayorías fuertes y se produzca una situación de coaliciones débiles.*

<sup>401</sup> BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA. “*Las Agencias Independientes...* Op. cit. Pp. 169.

<sup>402</sup> Ibid. Pp. 169.

<sup>403</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. “*Las administraciones independientes. Los entes...* Op.cit., Pp. 24.

<sup>404</sup> CHANCERELLE DE MACHETE, RUI. “*Estatuto e regime...* Op.cit. Pp. 92. Donde el sistema tradicional, fue concebido como una unidad jerarquizada teniendo como órgano superior al Gobierno, el cual responde políticamente ante el Parlamento; así, como la prevalencia del Principio de Legalidad, de la creación

estos organismos estén desligados de la administración. Son complemento de la estructura administrativa en aquellos sectores que carecen por imposición europea y legal de sometimiento jerárquico, pues por sus especiales características y composición requieren: (i) tanto de una especial regulación, (ii) como de unas instituciones independientes que estén al frente de dicho sector. *“Las administraciones independientes simbolizan la articulación y el juego efectivo de ordenamientos sectoriales autónomos en el seno del ordenamiento general del Estado, con apreciable incremento de la complejidad de éste. El principio que hace posible tal fenómeno es el de la autonomía, cuya operatividad hace del sistema estatal un conjunto articulado de subsistemas internos de relativa y variable autonomía”*<sup>405</sup>.

Es claro que, este tipo de entidades solo deben nacer cuando las circunstancias anteriormente señaladas estén dadas, pues *“La neutralización política inherente a la separación o independencia característica de la figura debe venir siempre exigida por la realidad y avalada por un apreciable consenso social (...) la neutralización debe sustentarse, además, en algún valor constitucional relevante, cuyo mejor servicio la reclame”*<sup>406</sup>.

La independencia y autonomía, de que son dotadas este tipo de entidades, debe tener un sustento constitucional, con el fin de proteger un determinado sector, que por sus especiales características técnicas y rápido desarrollo, requiere de autoridades que lo reglamenten y regulen, con la finalidad de que los derechos de los usuarios y los prestadores de servicios pertenecientes al mismo, vean reconocidos y protegidos sus intereses, los cuales serían probablemente vulnerados al ser la administración central la única que intervenga, sin un organismo técnico especializado que los custodie.

No obstante, no se está abogando por la proliferación de este tipo de entidades dentro de los sistemas administrativos de los Estados, sin razón alguna que las justifique. Lo anterior, generaría una total desarticulación dentro de la organización administrativa del Estado, la cual no debe ser vulnerada en su núcleo esencial, ni en los principios que la fundamentan, así surjan nuevos campos de la vida en sociedad que merezcan una especial regulación o administración. Pues de lo contrario, se podría generar una situación caótica en la que cada uno de los sectores fueran regulados y administrados por organismos totalmente aislados e independientes, sin que lleguen a constituirse en una organización de poderes estructurados y coordinados, tanto a nivel externo como interno. De allí que estas entidades deban atender a la política general del Gobierno, a la Dirección Política y del Parlamento, para lo cual cada una de las decisiones que se adopten deben ser debidamente motivadas y estarán sujetas al control judicial<sup>407</sup>.

---

de la normas y de la reserva de ley, donde se pretende asegurar la superioridad del Poder Legislativo y la vinculación de la Administración para su cumplimiento. La introducción de autoridades con el carácter de independientes trae consigo una fractura o fisura del modelo anteriormente descrito, particularmente en lo que responde al control por parte del Gobierno.

<sup>405</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *“La potestad normativa...”* Op.cit., Pp. 636.

<sup>406</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *“Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes...”* Op.cit., Pp. 434.

<sup>407</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado. Crisis...* Op. cit. Pp. 69.



Asímismo, se deben tener en cuenta los dos lados de la esfera, pues no se puede centrar la atención en garantizar la independencia y autonomía de estas entidades únicamente desde la perspectiva de los poderes del Estado, pues cuando se les otorga a éstas una excesiva independencia se generan otros riesgos, como la posibilidad de que sean intervenidas ya no por agentes del Estado sino por los integrantes del mercado, que cuenten con un gran poder o una posición dominante. Es así como no “*pueden ser desconocidos los importantes peligros que dichas administraciones encierran, peligros que obedecen, fundamentalmente, a su tendencia a caer bajo el control de los poderes económicos y sociales del sector, llegándose a convertir en autoridades administrativas al servicio de los intereses de los agentes más poderosos*”<sup>408</sup>.

Sumada a las principales características descritas en apartados anteriores (independencia y neutralidad), es necesario precisar los alcances que tienen las demás notas enunciadas por parte de la doctrina, entendidas como particularidades propias con las que cuenta este tipo de entes, como son su imparcialidad, eficiencia, especialización técnica y su autonomía cualificada, sin olvidar su autonomía financiera<sup>409</sup>.

En particular como indica por FERNÁNDEZ ROJAS<sup>410</sup>, la existencia de las Autoridades Independientes, están ahí para responder a cuatro aspectos fundamentales:

- i. La reconstrucción de la legitimidad institucional, deteriorada por una profunda desconfianza frente a la manipulación partidista de las administraciones públicas.
- ii. El perfeccionamiento de los mecanismos institucionales para la protección de la salud pública, la preservación de un medio ambiente sano, y la garantía a los derechos y libertades fundamentales.
- iii. La defensa de un mercado eficiente y con alta calidad e incertidumbre competencial, para sostener y potenciar un elevado nivel de desarrollo, y
- iv. El incremento de la competitividad, la eficiencia y la calidad de las Administraciones Públicas en el marco de la Unión Europea.

### **2.1.1.3. Eficacia**

Considerada como uno de los principales argumentos para garantizar la creación y existencia de este tipo de entes, atendiendo a que los demás organismos (sean estos Ministerios u otras dependencias), son ineficaces, por estar sujetos a rígidos procedimientos, de contar con un

---

<sup>408</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. “*Las administraciones independientes. Los entes...* Op. cit., Pp. 29.

<sup>409</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Thompson-Civitas, Madrid, 13ª ed., 2006.

<sup>410</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “*Las Administraciones Independientes de regulación y Supervisión en España*”. En VVAA: Vniversitas, número 109. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2005. Pp. 419-460.

fuerte control del Gobierno (a pesar de la especialización de muchas entidades como sucedió con las Secretarías y Dirección que contaban con una relación directa con el Ejecutivo) y de carecer de personal especializado o con firme conocimiento de las materias a regular<sup>411</sup>; su capacidad de reacción es menos rápida, que, con la que reaccionan las Autoridades Independientes<sup>412</sup>, ya que estas últimas deben intervenir de manera más expedita ante los vertiginosos cambios de los sectores que regulan<sup>413</sup>, de una manera ágil y más económica como órganos de resolución de conflictos. Las AI, si bien desempeñan funciones ejecutivas, también por regla general, funciones de carácter especializado (como se indica en la Ley de su creación), pues no cuentan con tantos controles y responsabilidades de carácter político y su estructura no es tan compleja como la de los entes ministeriales o departamentos administrativos<sup>414</sup>.

#### **2.1.1.4. Especialidad Técnica**

Se ha considerado como un argumento complementario a la eficacia y a la neutralidad<sup>415</sup>. La principal característica que justifica la existencia de este tipo de organismos, es la diversidad de

---

<sup>411</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit., Pp. 55. Quien indica que el argumento de la eficacia es el objetivo para justificar las principales reformas de la Administración Británica. “La mejora en la eficiencia ha sido el objetivo con el que se ha justificado la importante reforma que las décadas, desde el informe Fulton, ha sufrido la Administración británica. De ella son fruto las Next Steps Agencias y numerosos quangos. Esta reforma se ha centrado, sobre todo, en cuatro puntos: especial atención a los resultados, especial énfasis en las necesidades del administrado, que ahora es el <<cliente>>, tendencia a la desconcentración y a la descentralización, y gestión eficiente de los recursos humanos y materiales.”. En igual sentido SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “El Estado neutral. Contribución al estudio... Op.cit. Pp. 420 y ss.

<sup>412</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “La potestad normativa... Op.cit., Pp. 636 y ss

<sup>413</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “Agencias (y Agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”. En VVAA: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº. 5, 2006, Pp. 145-212.

<sup>414</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 108. “La primera <<agencia independiente>>, la Interstate Commerce Commission, se creó porque ninguna de las autoridades existentes en aquel momento pudo resolver eficazmente los problemas que planteaba el sector del ferrocarril. De formar similar, hoy la doctrina considera que las agencias ejecutivas, además de actuar sometidas al control del Presidente y de carácter de personal cualificado en ciertas materias, resultan a menudo ineficaces por estar sujetas a procedimientos excesivamente rígidos y lentos. Por el contrario, las <<agencias independientes>>, alejadas del ámbito del Presidente y compuestas por especialistas, disfrutan de un régimen jurídico especial en el que los procedimientos son más flexibles y rápidos.” Argumento que también es reconocido en Francia, para justificar la creación de estas Autoridades en que se señala, *Ibíd.*, Pp. 207. “El argumento de la eficacia se utilizó en Francia, sobre todo, como razón coadyuvante de las dos anteriores. Con carácter general se considera que la Administración pública tradicional no está suficientemente capacitada para desempeñar la función de regulation, porque, además de actuar sometida al control del Gobierno y de carecer de personal cualificado en ciertas materias, resulta en ocasiones ineficaz por estar sujeta a procedimientos excesivamente rígidos y lentos. Por el contrario, las <<agencias independientes>> no solo están alejadas del ámbito de los partidos políticos y compuestas por especialistas, sino que además disfrutan de un régimen jurídico especial. Las reglas generales de procedimiento administrativo se han simplificado y flexibilizado para las AAI, de modo que estas <<autoridades>> tienen una capacidad de reacción más rápida que la Administración tradicional, y esto se valora muy positivamente cuando se trata de intervenir en sectores sometidos a continuos cambios”.

<sup>415</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “Agencias...Op. cit. Pp. 153

servicios de carácter cualificado que prestan<sup>416</sup>, la complejidad técnica, y los conocimientos específicos con los que se debe contar por parte de sus funcionarios preparados y con una dedicación absoluta para el ejercicio de las diversas actividades asignadas en las Leyes de su creación y las relaciones que tienen con los diversos órganos del Estado<sup>417</sup>, lo cual permite que se compongan exclusivamente por técnicos y no políticos, garantizando de esta manera su independencia<sup>418</sup>.

A pesar de todo ello, surgen inconvenientes en la medida que las personas de cierto prestigio y profesionalidad, no garantiza que llegado el momento de su gestión, no opten por favorecer a determinados regulados con el fin de que un futuro estos los puedan contratar una vez finalice su mandato (puerta giratoria) o que las decisiones que se adopten no sean las más óptimas para el sector regulado<sup>419, 420</sup>.

## 2.1.2. Funciones y Competencias Desempeñadas

En cuanto a la diversidad de funciones que este tipo de órganos desempeñan, pueden variar de un país a otro, en virtud de cada uno de los criterios, consideraciones y supuestos que justifican la creación de estas autoridades<sup>421</sup> y al momento histórico o coyuntura que da lugar a su

---

<sup>416</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso...* Op. cit. Pp. 102, precisando: “El ejercicio de este nuevo tipo de funciones, reguladoras, organizativas y de dirección, está mayoritariamente atribuidas a ‘autoridades independiente’. Si exceptuamos a la Agencia de Protección de Datos y al ente RTVE, las autoridades reguladoras nacionales que tiene atribuida independencia, no se han creado para garantizar el ejercicio de un derecho fundamental, sino para regular, supervisar o dirigir un sector de actividad privada. Así la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores de los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, la resolución de conflictos entre operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.

<sup>417</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 107. *La relación con la neutralidad y la eficacia se argumenta: por un lado, que la especialización y la actividad continuada en un sector genera un conocimiento cada vez mayor del mismo y los problemas específicos, con el correspondiente incremento de eficacia en las acciones de este tipo de agencias; y por otro lado, que, como han demostrado los estudios de gestión pública, la especialización técnica fomenta la profesionalización y ésta genera una dinámica corporativa que protege a estas agencias tanto de las presiones de instancias públicas como de instancias privadas.*

<sup>418</sup> Es necesario tener en cuenta que la especialización técnica es un elemento coadyuvante de la neutralidad y de la eficiencia, y que su creación deviene de la incapacidad por parte del Estado de poder regular de manera exacta sectores con un alto grado de complejidad técnica y sujetos a modificaciones permanentes, lo cual justifica contar con expertos en estas materias, para dar soluciones a cada de las problemáticas que se presente de manera rápida y eficaz, y ajenas a las presiones de los agentes intervinientes, sean estos públicos o privados.

<sup>419</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado. Crisis...* Op. cit. Pp. 64.

<sup>420</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “Agencias...” Op. cit. Pp. 153. Quien precisa que la designación generalmente no se realiza en función de los conocimientos específicos de las personas sino su designación está dada por el grado de afinidad política de las personas frente al partido que este gobernando.

<sup>421</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia”. En *Vniversitas*, número 107. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2004. Pp. 343-371 “En el ejercicio de sus facultades, las autoridades administrativas independientes suelen disponer de una amplia gama de

surgimiento dentro de un mercado económico. Pero se debe partir de la premisa de que en las atribuciones que les sean dadas, debe existir una clara delimitación entre sus facultades y potestades y las del Gobierno, con el fin de evitar confusiones que pueden favorecer a determinados agentes participantes en el mercado<sup>422</sup>. Todas y cada una de las funciones encomendadas se orientan a la protección de los intereses generales de toda la colectividad, disciplinando a las empresas para que estas sean más competitivas. Asimismo, proporcionan estabilidad y continuidad a los mercados<sup>423</sup>.

La jurisprudencia, como la doctrina ha concluido que existen competencias comunes en los diferentes ordenamientos jurídicos, como son:

- Normativa,
- Ejecutiva,
- De supervisión,
- Regulatoria,
- Sancionatoria y
- Parajudicial.

#### **2.1.2.1. Competencia Normativa**

Es tal vez una de las facultades y competencias, de mayor estudio y análisis por parte de doctrina<sup>424</sup> y la jurisprudencia<sup>425</sup>, atendiendo a que pueden afectar la competencia general reconocida en cabeza del legislador<sup>426</sup>.

---

competencias, que comprenden desde las reguladoras y supervisoras, hasta las de resolución de conflictos y elaboración de informes y dictámenes, como veremos a continuación”.

<sup>422</sup> FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MIGUEL A. “Reflexión Preliminar”. *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel Económica. Barcelona. 1999.

<sup>423</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “Agencias...Op. cit. Pp. 154.

<sup>424</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público I. La Formación de las Instituciones Públicas y su Sometimiento al Derecho*. Segunda Edición. Iustel. Madrid. 2006. “aplicando algunas categorías jurídicas clásicas, cuyo empleo al caso analizaremos un poco más adelante al referirnos al poder normativo de los reguladores, algunos autores han pretendido resolver el problema indicando que los poderes de las agencias se ejercitan no sólo en el marco de las leyes, lo que es indudable, sino también como simple complemento de regulaciones del principio que están formuladas, en primer lugar, por las leyes mismas, lo que resulta difícil de aceptar. En verdad los reguladores generan una gama amplísima de decisiones, que influyen sobre los mercados y las empresas que operan en ellas con una enorme discrecionalidad y son que sea posible encontrar en leyes previas elementos que enmarquen dichas decisiones. Piénsese en los criterios para decidir sobre una concentración de empresas, para resolver sobre el montante máximo de una tarifa, o para establecer la medida en que una ayuda de estado distorsione la competencia o el coste neto que supone para un operador de prestación del servicio universal. En ningún caso se puede decirse que las decisiones correspondientes sean desarrollo de reglase que básicamente están establecidas en normas de carácter general aprobadas por el Parlamento o por el Gobierno”.

<sup>425</sup> En el derecho estadounidense como se indica por parte SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Ob. cit., Pp.111 en la sentencia *Chevron USA Inc, Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 US 837 (1984), la cual se constituye en el pronunciamiento que cambia la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, en el

La existencia de múltiples actividades económicas y de las diversas relaciones que se dan entre los agentes intervinientes en el mercado, donde se ofrecen bienes y servicios, hacen indispensable que se cuente con un agente con ciertas particularidades y tenga la facultad de ordenar y supervisar cada una de las actividades que en ellas se realizan, tendentes a que éstas se cumplan dentro de un marco adecuado, sin que exista abusos en ejercicio de las atribuciones reconocidas a los mismos.

Tradicionalmente y de acuerdo con la tradición jurídica del *common law*, desde el siglo XIX, se han creado órganos encargados de regular y definir las normas, reglas, leyes, para ser aplicables en el sector regulado<sup>427</sup>.

Si bien como producto del fenómeno liberalizador que se da en toda la Unión Europea, se ve la necesidad de crear entes dotados con facultades de supervisión en los sectores que contaban con monopolios del Estado. La particularidad para su creación está dada por la necesidad de efectuar una separación de las funciones de reglamentación y explotación, dando origen a las diversas Comisiones<sup>428</sup> y a la Regulación Económica<sup>429</sup>. Su importancia está dada con el fin de

---

sentido que permite que este tipo de agencias puedan atribuírseles amplios poderes, como es el contar con facultades normativas.

<sup>426</sup> Los pronunciamientos doctrinales no tiene una posición uniforme respecto a esta facultad, al considerar que el Congreso efectuó delegaciones de la facultad normativa en cabeza de otros órganos, en este caso en las autoridades administrativas, atendiendo la Constitución establece una regla en la cual, es el Congreso, el encargado de dictar normas vinculantes a todos los ciudadanos, y no entidades que cuentan con un carácter representativo de los intereses de la sociedad.

La jurisprudencia modificó sus pronunciamientos, en el sentido de considerar que es admisible la subdelegación de este tipo de competencias en cabeza de las autoridades administrativas, en consideración de las diversas relaciones que existen en la sociedad, que hacen indispensable que regulen a través de diversas normas jurídicas de manera rápida, antes de que se surtan la actuación general del Legislador.

<sup>427</sup> Vale la pena precisar que el alcance de la función de regulación en los ordenamientos provenientes de la familia del *common law* y los provenientes del *civil law*, responden a momentos históricos distintos y finalidades diferentes. La primera, se orienta a ordenar toda la actividad económica de un sector y garantizar el efectivo funcionamiento del mercado y en los países de la familia del *civil law*, su finalidad es garantizar la libre competencia, y un corrector funcionamiento de los sectores liberalizados. El elemento en común según FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “*Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia*”..., Op. cit., Pp. 355, en el ejercicio de esta función las autoridades administrativas pueden proferir, no solamente reglamentos de carácter interno destinados a garantizar el efectivo funcionamiento de la entidad, sino que está función les faculta a expedir normas de carácter general tendentes a ser aplicables por los agentes participantes en el sector, bien sean operadores de los servicios de interés general o de los mismos usuarios.

<sup>428</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “*El Condicionamiento de la Organización Administrativa de los Estados Miembros por la Política Comunitaria de Telecomunicaciones*”. En *VVAA: Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*. Enrique Gómez-Reino y Carnota (coordinador). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2004.

<sup>429</sup> MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. *En el seno de lo que es propiamente <<regulation>>, se suelen distinguir entre dos grandes áreas: << regulación económica>> (economic regulation) y <<regulación social>> (social regulation), aunque también es común englobar a ambas bajo la expresión genérica <<regulación of business>>.*

*En el primer grupo, o regulación económica, suele incluirse el régimen de determinación y control de precios, el establecimiento de normas técnicas y de calidad de los productos, de condiciones de acceso a una actividad económica o la regulación de las <<public utilities>>. Prácticamente todos los sectores productivos se encuentran regulados en mayor o menor medida y con una intensidad que, lejos de ser lineal, está sometida a continuos vaivenes, de acuerdo con la ideología imperante, y que en algunos puede ser tan*

garantizar las condiciones de competencia, de corregir las deficiencias del mercado y sus fallas, que los servicios sean prestados en condiciones de calidad, y que los derechos de los usuarios sean garantizados en forma efectiva<sup>430</sup>.

Por lo tanto la función de regulación, debe ser entendida, tal como lo indica SALVADOR MARTÍNEZ, en los siguientes términos:

*La regulation consiste en <<regular>> en un sentido amplio, es decir, en ordenar y supervisar toda la actividad en un sector, para garantizar su correcto funcionamiento, mediante la aprobación de normas generales – lo que sería en sentido estricto <<regular>>-, y, además, a través de actos singulares, como el otorgamiento de concesiones o la resolución de conflictos. La función de regulation, por tanto, abarca el conjunto de todas aquellas actividades que sean necesarias para garantizar el funcionamiento correcto del ámbito regulado, actividades fundamentalmente normativas y de control, aunque no sólo de este tipo, y que variarán dependiendo de las necesidades concretas de cada sector...*<sup>431</sup>

La particularidad de esta competencia es, que las autoridades administrativas independientes, pueden dictar normas de carácter general, con el fin de regular el sector en las que estás intervienen. El límite a dicha facultad, es que están sujetas a los criterios previstos en la Ley de su creación, de allí que no pueden extralimitarse en el ejercicio de sus facultades<sup>432</sup>. La diferencia de esta competencia es que no tiene un carácter general como sucede con la potestad normativa atribuida al Ejecutivo; es de carácter ordenador por la cual definen la política del sector. La potestad atribuida a las Comisiones se da a través de dos instrumentos bien

---

*profunda que convierten a determinada actividad económica en lo que en España se conoce como <<servicio público virtual>> o impropio. En su conocido manual sobre la materia, los profesores Gellhorn y Pierce ofrecen la siguiente descripción genérica del contenido y tipos de esta clase de regulación: <<la regulación de las empresas y de sus actividades por parte del poder público puede ser tan variada como a menudo omnipresente. Los controles pueden limitar la entrada en o la salida de determinado negocio, regular el tipo o cantidad de un producto o servicio ofrecido, regular el tipo o cantidad de un producto o servicio ofrecido, establecer el precio y la calidad ofrecida y determinar los términos de las transacciones y el nivel de beneficio autorizado. Aunque la premisa organizativa de la economía continua siendo la del laissez-faire; prácticamente ninguna empresa o actividad está libre de alguna forma de regulación>>.*

*En el campo de la social de la social regulation, por su parte, se suelen incluir aspectos tales como la regulación de la seguridad y salud laboral, la protección a los consumidores, o la protección ambiental.*

<sup>430</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR. “Regulación Y Política: Diseño y Funciones de los Entes Reguladores”. Ponencia presentada al III Internacional de Asier Sao Paulo (Brasil)- Junio de 2008. Sao Paulo. 2008. Quien afirma en los siguientes términos, cuál es la función de los organismos reguladores: “El papel central de los organismos reguladores- su razón- consistente en asegurar el buen funcionamiento de algunos sectores cuya marcha resulta esencial para la vida económica y social de un país”.

<sup>431</sup> *Ibíd.* Pp. 109 y 110.

<sup>432</sup> En el Derecho Francés, se ha proferido numerosos fallos (ej. Déc 86-217 DC de 18 de septiembre; Déc 86-260DC de 28 de julio de 1989; o la Déc. 93-333 DC 21 de enero de 1994), en el sentido de que no puede darse delegaciones de esta facultad en blanco, sino que debe existir un marco de acción y de atribuciones para la expedición de los reglamentos correspondientes por parte de las autoridades administrativas independientes en el ejercicio de sus funciones.

conocidos, cómo son las circulares e instrucciones, donde se precisa la forma de actuación de la entidad de manera concreta generando en los regulados confianza en los postulados que en dichos instrumentos se incorporan y de una vinculación de la mismas Comisiones respecto a las normas que ha establecido para el sector (vinculándose a los propios actos)<sup>433</sup>.

Esta potestad está prevista para garantizar el orden en el sector regulado, y cuenta con previsión legal. Las normas dictadas, en su mayoría, son reglamentos de carácter técnico, que incorporan los vertiginosos cambios tecnológicos, a efectos de evitar vacíos, o interpretaciones inexactas, fallas considerables en los mercados regulados, sin olvidar los reglamentos orgánicos que pueden darse para el funcionamiento interno de la misma.

Las normas a expedir de acuerdo con las consideraciones anteriores son:

- a) Impartir instrucciones
- b) Dar recomendaciones
- c) Dictar disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y la ejecución de las normas reglamentarias expedidas por parte del Gobierno, siempre que las leyes de su creación lo habiliten.
- d) Emitir circulares.

#### **2.1.2.2. Competencia Ejecutiva**

Esta atribución desarrolla las funciones dadas por parte de la Ley de su creación y por las propias normas que son citadas por cada una de las Autoridades en el ejercicio de sus funciones. Tradicionalmente se han reconocido cuatro facultades funciones que se enmarcan dentro de esta competencia:

- a) Otorgamiento de licencias, concesiones, autorizaciones, permisos o cualquier título habilitante, para la prestación de un servicio.
- b) Imposición de sanciones, previa consagración legal a los agentes que afecten el normal desarrollo del mercado y del sector regulado.
- c) Concesión de beneficios, excepciones o cualquier tipo de ayuda.
- d) Fijación de los precios o el régimen tarifario a seguir en el sector.<sup>434</sup>

---

<sup>433</sup> TORNOS MÁ, JOAQUIN. “*El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales...* Op. cit. Pp. 117. En igual sentido. SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. “*Non venire contra factum proprium (un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del derecho)*”. En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Director Juan Alfonso Santamaría Pastor. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010. Pp. 429-550.

<sup>434</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Ob. cit., Pp.113. “Debemos señalar también que la <<agencia independiente>> participa en la fijación de la *public policy* a seguir en el sector que le corresponde. Esta es, como veremos posteriormente, una de las competencias más discutidas de las agencias, porque se sustrae al Poder Ejecutivo la facultad de dirección política sobre un sector, dificultando la función de ese Poder que, teóricamente, debería coordinar y controlar todas las políticas públicas.”

### **2.1.2.3. Competencias de Supervisión, Vigilancia y Sanción**

Este tipo de funciones han sido reconocidas por parte del Legislador, con el fin de que las normas que se expidan en materia sectorial, sean eficaces. Por lo tanto, a efectos de que este tipo de entes puedan iniciar las investigaciones a los agentes participantes en el sector que supervisan, es necesario que puedan solicitar y exigir información, indispensable y de carácter relevante para realizar diferentes labores a su cargo. Asimismo puedan citar, tomar declaraciones y efectuar inspecciones<sup>435</sup>.

#### ***-Supervisión***

La Supervisión, es entendida como una especial vigilancia que se realiza por el Estado, en el ámbito económico, orientada a que los agentes supervisados desarrollen sus actividades dentro del marco legal, a fin de evitar actuaciones incorrectas.

La supervisión entendida como una categoría general, cuenta con dos aspectos:

- a) Vigilar y controlar
- b) Prevenir y evitar actuaciones incorrectas

En el ámbito de las funciones de vigilancia, cuentan con un catálogo más o menos de funciones imperativas, lo cual le permiten orientar, negociar y pactar las condiciones de los sectores vigilados. El elemento principal, para garantizar el éxito de la vigilancia como una subcategoría de la Supervisión, es la de contar con información indispensable para la toma de decisiones<sup>436</sup>, lo cual se traduce en una labor de prevención de las prácticas, situaciones irregulares y corrección de los fallos deducidos a partir de las indagaciones realizadas<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. *“Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia”*... Op. cit. Pp. 358. Señalando:

*Sin que ello signifique el ejercicio de sus facultades sancionadoras, estas autoridades se hallan habilitadas para reconvocar y exigir el íntegro acatamiento a las normas vigentes, y advertir sobre posibles desviaciones de los principios que rigen las buenas prácticas sectoriales. Igualmente, pueden proferir las necesarias medidas cautelares para restablecer o garantizar la normalidad administrativa de las entidades, e iniciar los procedimientos correspondientes cuando no se allanen a acatar los llamamientos formulados para asegurar el cumplimiento de las normas reguladoras, y si corresponde, poner en conocimiento de las autoridades competentes, las irregularidades que den lugar a la intervención de otras instancias administrativas o judiciales del ámbito nacional e internacional.*

<sup>436</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Ob. cit., Pp. 113. *Las independent agencies tienen atribuidas competencias de inspección y control con el fin de supervisar la actividad en el sector regulado. Para ello, la facultad más importante es la de obtener información, básicamente solicitando documentos, testimonios, e informes periódicos a los sujetos regulados. Asimismo, la agencia puede iniciar todas las investigaciones que le parezca pertinentes en orden a comprobar que la actividad de los sujetos regulados se adecua a lo establecido en las normas. Las facultades concretas de inspección vienen determinadas en la ley de creación de la agencia y todas ellas son susceptibles de control judicial.*

<sup>437</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes...* Op. cit., Pp. 129 y ss.



#### *-Sancionadora*

Respecto a la potestad sancionadora, es quizás la que ha presentado mayores inconvenientes, dentro del ámbito de las funciones de supervisión, como se consagra en las propias leyes de su creación<sup>438</sup>; pero generalmente no es una competencia exclusiva de estos entes sino que es ejercida de manera conjunta con el Gobierno (aunque existen múltiples modelos y en general hay una tendencia a disponer de potestad sancionadora propia).

La potestad sancionadora implica que exista una tipificación previa de todas y cada una de las infracciones y sanciones en las que pueden incurrir los agentes intervinientes, y que debe precisarse previamente el procedimiento para la imposición de las mismas. La mayoría de las agencias, por regla general se encargan de iniciar el proceso de investigación, de instrucción de los expedientes y con el fin de que el Gobierno, por medio de la autoridad asignada imponga la sanción adecuada, o en su defecto pueden imponer sanciones correspondientes a las infracciones leves y graves, y el Ministerio imponga las sanciones denominadas como muy graves (de nuevo, sin perjuicio de una variedad notable de modelos, incluyendo los que suponen aplicación directa del procedimiento sancionador hasta su culminación con la imposición de sanciones).

#### **2.1.2.4. Competencia Parajudicial**

Competencia común a todas las AAI, entendida como una potestad, con la que cuentan éstas, para servir de árbitros en los conflictos que se suscitan entre los operadores, los ciudadanos y el Gobierno. Esta facultad de arbitraje se solicita por parte de los operadores, de acuerdo con las formalidades previstas en la Ley<sup>439</sup>.

Existe aquí una delgada línea entre lo que es una resolución de conflictos de conformidad con la Ley, y el arbitraje propiamente dicho, que se basa en la voluntariedad de someterse a la cláusula de compromiso. Hay que decir que aunque este último está previsto en la Ley, en realidad nunca se ejerció y que los supuestos de medidas de solución de conflictos alternativas a la disputa judicial entre dos operadores, aunque efectivamente sí se ha dado, ha sido más como una de las medidas alternativas al modo del Art. 107.2 de la Ley 30/1992, si bien prevista en la legislación sectorial. En suma, el Arbitraje propiamente dicho de carácter voluntario basado en una cláusula compromisoria<sup>440</sup>, sí ha estado previsto en la legislación reguladora de este tipo de Agencias, pero no se ha llegado a dar en la práctica; lo que sí se ha dado ha sido la

---

<sup>438</sup> Uno de ejemplo de esta potestad se puede observar en la Exposición de motivos de la Ley 26/1998 de disciplina e intervención de las entidades de créditos en que se indicaba “la eficacia de la función (reguladora) depende de la existencia de unas facultades coercitivas suficientes en manos de las <<autoridades>> supervisoras (de las entidades financieras), cuyo desarrollo, a través de un sistema adecuado de sanciones administrativas debe cerrar el sistema regulados”.

<sup>439</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “*Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia*” Op. cit. Pp. 359 y 360.

<sup>440</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, JOAN MANUEL. “*El arbitraje de Derecho Administrativo*”. En VVAA: *Revista de administración pública*. Nº 143, 1997. Pp. 75-106.

resolución de conflictos de acuerdos con mecanismos obligatorios previstos en la Ley, que efectivamente han permitido a las ANR decidir una controversia, pero nunca basados en un sometimiento voluntario – que es clave en todo Arbitraje – sino directamente en la propia imposición legal.

Asimismo, las autoridades pueden adoptar medidas cautelares, tendentes a garantizar el cumplimiento de los criterios consagrados en la Ley así como la posibilidad de poder intervenir a una entidad o sustituir provisionalmente a los órganos de dirección y administración cuando éstas se encuentren en una situación excepcional de gravedad<sup>441</sup>.

### 2.1.3. La separación de la actividad de regulación de otras actividades del Estado y su aplicación por parte de las Agencias Reguladoras.

En el primer capítulo de este documento, hicimos referencia a la Regulación, en concreto, la Regulación Económica y la necesidad de reglamentar los diferentes sectores económicos como lo son las telecomunicaciones, los servicios postales, el mercado de valores, entre otros. De ahí, que sea indispensable contar con entes especializados encargados de ejercer dicha función (entendida como una nueva forma de intervención en la economía<sup>442</sup>), de manera independiente y con elementos diferenciadores de las demás funciones ejercidas por parte el Estado, partiendo de la consideración de que la liberalización trajo consigo, una reasignación de las funciones, y del nuevo papel como regulador de los servicios, en condiciones de competencia en un mercado abierto. Ello implicó que la función de prestación de los servicios y de la determinación de las reglas imperantes en el mismo, derivara en la creación de organismos reguladores o de reglamentación<sup>443</sup>, cuya función principal era establecer reglas

---

<sup>441</sup> En el ámbito de las autoridades administrativas independientes en los Estados Unidos (Las Independent Agencies), este tipo de agencias, tanto ejecutivas como independientes, son competentes para la resolución de los conflictos que se surjan entre ciudadanos, o entre estos y la agencia. Vid. SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Ob. cit., Pp. 113. *“En el caso concreto de las independent agencies, el Tribunal Supremo considera que la delegación de competencias cuasi-judiciales es conforme con la Norma Suprema, siempre que se den determinados requisitos. Desde un primer momento el Tribunal interpretó que la delegación de este tipo de competencias era admisible siempre que se tratara de la resolución de conflictos entre la agencia y terceros. Más tarde reconoció que las agencias también, podían resolver conflictos entre los particulares en el sector regulado por la agencia, pero, en este caso, siempre que se garantizase: primero, el principio de la igualdad de las partes; segundo, el derecho al Jurado que consagra la Constitución; y tercero, que los tribunales ordinarios conserven la potestad de revisión de las resoluciones de la agencia. Cuando se trata de conflictos entre particulares, en unos casos el arbitraje de la agencia es voluntario, es decir, los sujetos pueden elegir entre someterse a la decisión de ésta o acudir a los tribunales ordinarios; en otros casos, si los particulares no han conseguido llegar a un acuerdo en el marco de las disposiciones dictadas por la agencia, el arbitraje es obligatorio.*

<sup>442</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado...* Op. Cit. Pp. 1194.

<sup>443</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”*....Op. Cit., Pp. 133. *“El fundamento de esta regla es, en casi todos los casos, el mismo: si el regulador y el gestor no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia. Las empresas privadas que quieren actuar en el mismo sector quedarían en una situación de desigualdad. Esta explicación es la que se repite siempre en sectores básicos como las telecomunicaciones, los correos o el sistema eléctrico...”*

claras con el fin de promover la competencia, de verificar continuamente y permanente las actividades realizadas por los agentes intervinientes en el sector económico, pero igualmente manteniendo el concepto del interés general, bajo la antigua concepción de obligaciones de servicio público o mediante la definición de las *public utilities*.<sup>444</sup>.

La justificación de esta separación está dada en la distinción entre el órgano regulador y el órgano operador, con el fin de impedir cualquier relación de dirección, administración o participación del Estado, en la gestión de una empresa pública operadora, de tal manera que se preserve los principios de igualdad y transparencia como presupuestos necesarios del derecho de la competencia<sup>445</sup>; siendo uno de los mandamientos incorporados en el *Libro Verde: Hacia una economía europea dinámica, sobre el desarrollo de un mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones*<sup>446</sup>, criterio que fue incorporado en otras leyes sectoriales como son: el sector energético<sup>447</sup>, sector ferroviario o servicios postales, en el sentido que la potestad reglamentaria y la participación por parte del Estado, deberían ejercerse de manera separada, de tal forma que no podría ser juez y parte, en un mercado competitivo.

Las reglas y consideraciones allí expuestas son reproducidas en diferentes Directivas, como es la Directiva de la Comisión de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, que indica en sus considerandos 28 y 29<sup>448</sup>, donde se

---

<sup>444</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, EDGAR. *Regulación básica de las telecomunicaciones*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

<sup>445</sup> *Ibíd.*, Pp. 35 y ss.

<sup>446</sup> Libro Verde Hacia una economía europea dinámica, sobre el desarrollo de un mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones. COM (87)290.

<sup>447</sup> DIRECTIVA 96/92/CE, de 19 de diciembre de 1996, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. En la que se reconocen que es indispensable contar con un ente regulador independiente, como se indican en el artículo 6.5:

*Artículo 6.5*

*Los Estados miembros designarán una autoridad, un organismo público o un organismo privado independiente de las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad, que será responsable de la organización, el seguimiento y el control del procedimiento de licitación. Dicha autoridad u organismo adoptará cuantas medidas sean necesarias para garantizar que la información incluida en las licitaciones tenga carácter confidencial.*

<sup>448</sup> DIRECTIVA 90/388/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones.

*28. Considerando que, por lo general, las legislaciones nacionales atribuyen a los organismos de telecomunicaciones una función de reglamentación de los servicios de telecomunicaciones que implica, en particular, la concesión de autorizaciones, el control de conformidad y de las especificaciones obligatorias de las interfaces, la atribución de frecuencias y la vigilancia de las condiciones de utilización; que dichas legislaciones a veces sólo definen los principios generales de la explotación de los servicios autorizados, concediendo a los organismos de telecomunicaciones la facultad de definir las condiciones específicas de aplicación;*

*29. Considerando que esta actividad, de carácter a la vez reglamentario y comercial, de los organismos de telecomunicaciones tiene una incidencia directa sobre la actividad de los operadores económicos que ofrecen servicios de telecomunicaciones en competencia con dichos organismos; que, en efecto, mediante esta doble actividad, estos organismos determinan o, al menos, influyen sustancialmente en el suministro de los servicios ofrecidos por sus competidores; que el hecho de delegar a una empresa que dispone de una posición dominante para el establecimiento y explotación de la red el poder de reglamentación del acceso al mercado de los servicios de*

determinan las labores de los organismos de telecomunicaciones, precisando que si la función de regulación se ejerciera de manera exclusiva por parte del Estado, se estaría constituyendo en una posición de dominio de este agente, en el sentido de que determinaría las reglas para favorecer su comportamiento en detrimento de los intereses de los demás competidores; supuesto que se ve reafirmado en la Sentencia nº C-271/90 de Tribunal de Justicia de la Comunidad<sup>449</sup>, donde se reconoce que es necesario garantizar la separación de las funciones de regulación y prestación de los servicios, en cabeza de órganos especializados y no del Estado.

La actividad encomendada a este tipo de autoridades no solo está prevista para la creación de normas, en ejercicio de las competencias normativas atribuidas, sino para ejercer un control y seguimiento del sector, con el fin de que las condiciones de competencia se garanticen y que el mercado funcione, en condiciones óptimas, a efectos de evitar la imposición de sanciones; atribución que también le ha sido reconocida, en pro de la defensa de los derechos de los ciudadanos y de los costes sociales que pueden darse por abusos en la posición de dominio por parte de los operadores<sup>450</sup>.

En conclusión: la función de regular, es diferente a las demás funciones atribuidas a las ramas del poder público, su finalidad es realizar un monitoreo y análisis permanente de cada una de las situaciones que se presentan, dar soluciones en el corto plazo ante los vertiginosos cambios que se puedan dar en materia tecnológica y que requieren ser regulados de manera inmediata.

---

*telecomunicaciones constituye un reforzamiento de la posición dominante que esta misma empresa tiene en el mercado; que este hecho, teniendo en cuenta el conflicto de intereses, puede restringir el acceso de los competidores a los mercados de servicios de telecomunicaciones y limitar la libertad de elección de los usuarios; que, por otra parte, estas medidas pueden limitar los mercados de los materiales destinados al tratamiento de señales de telecomunicación y, por lo tanto, el progreso tecnológico en este sector; que, en consecuencia, la acumulación de estas actividades constituye un abuso de posición dominante de los organismos de telecomunicaciones de que se trata en la acepción del artículo 86; que, si estos comportamientos resultan de una medida adoptada por el Estado, esta última será también incompatible con el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86;*

<sup>449</sup> Sentencia nº C-271/90 de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 17 de Noviembre de 1992. Por medio de la cual se resuelven los recursos presentados, respectivamente, en la Secretaría del Tribunal de Justicia los días 7, 14 y 20 de septiembre de 1990, el Reino de España, el Reino de Bélgica y la República Italiana solicitaron, con arreglo al párrafo primero del artículo 173 del Tratado CEE, la anulación de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192, p. 10). La República Francesa intervino en el asunto C-271/90 en apoyo de las pretensiones del Reino de España.

<sup>450</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado*. Op. Cit. Pp. 1194. Aunque, realmente, el legislador y la Administración podrían atender directamente todos los problemas de relevancia pública que se presentan en tales sectores, se ha potenciado en toda Europa la tendencia a atribuir, en bloque, la responsabilidad de su regulación a organismos únicos, independientes y establecidos *ad hoc*.

#### 2.1.4. Modelos de Autoridades Independientes en el Derecho Comparado

##### 2.1.4.1. Estados Unidos

En el siglo XIX, en los Estados Unidos se gesta una nueva forma de administración, particularmente desde mitad de siglo, producto de los principales cambios sociales, culturales, económicos y culturales que vienen a configurar este nuevo modelo<sup>451</sup>.

Las agencias vienen a ser definidas según el grado de control que se tenga por parte del Presidente y la forma de designación y remoción de sus miembros. El modelo norteamericano cuenta con dos tipos de agencias<sup>452</sup>: las *independent regulatory agencies* o *independent regulatory commissions*<sup>453, 454</sup>.

---

<sup>451</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de industria y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008.

<sup>452</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “Agencias...Op.cit. Pp. 146.

<sup>453</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de industria...Op.cit. Pp. 310. La diferencia fundamental respecto al modelo europeo y de allí la importancia que revierte el modelo norteamericano está dado por la concepción respecto al servicio público, donde el modelo Estadounidense no cuenta con la ningún tipo de titularidad en la Administración que detenta la titularidad del servicio y la empresa encargada de la prestación del mismo, ni se establece un doble papel entre el regulador estatal y los operadores de estos servicios. El modelo previsto en los Estados Unidos responde a una delegación de poderes dados por parte del Congreso a este tipo de agencias (a pesar de los inconvenientes que esta delegación pueda derivar), cuya finalidad es asegurar precios ajustados, que los servicios se prestaran en condiciones óptimas de acuerdo con los estándares de calidad y la determinación de las reglas necesarios para el normal desarrollo del sector, entre ellos que los servicios puedan derivar una justa retribución para los operadores, con márgenes de cierta rentabilidad.

<sup>454</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administración por Agencias Independientes en los Estados Unidos de América”. En VVAA: *Vniversitas*, número 106. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2004. Pp. 177- 205. “La trayectoria de las AAI, ha sido determinante en el devenir de la sociedad norteamericana, y sobre ellas se ha edificado una parte significativa de las políticas de intervención pública en la economía. La tarea supervisora y reguladora de esta institución, ha brindado una amplia cobertura a los sistemas de defensa del mercado y la competencia- ICC, FTC-, particular en el sector bancario –BGFRS, FDIC, OCC- y bursátil –SEC-. Así como en los campos de las comunicaciones-FCC-, la energía –FERC, NRC-, las relaciones laborales –NLRB-, la defensa de los derechos de los consumidores –CPSC- y la protección medioambiental –EPA-“.

AGENCIAS EJECUTIVAS	AGENCIAS INDEPENDIENTES
Sujetas a un fuerte control presidencial, sus miembros designados y removidos por parte del presidente y dentro de la estructura organizacional de los Estados Unidos, algunas de estas agencias hacen parte de los Departamentos Ejecutivos.	Creadas mediante Ley, en la que se les atribuye su independencia tanto estructural como funcional. En cuanto el poder del Presidente este se encuentra limitado, ya que no puede remover de manera discrecional a los miembros que conforman la comisión, sino que dicha remoción debe ajustarse conforme a las causas tasadas en la Ley, tampoco le es permitido que pueda incidir en las decisiones o dar órdenes a este tipo de agencias. Su designación es realizada por el Congreso y dentro de sus atribuciones cuentan con poderes normativos, ejecutivos y cuasijudiciales que inciden en los derechos de los ciudadanos, en las actividades económicas

**Cuadro 3 - Creación Propia: Agencias Ejecutivas y Agencias Independientes, Modelo Americano.**

La finalidad de la creación de este tipo de Agencias era y continua siendo la de mantener separados determinados sectores económicamente relevantes, de la injerencia y vicisitudes de las decisiones de la clase política, en particular de los cambios del Ejecutivo, sin dejar de lado que el modelo de separación de poderes previsto en la Constitución, no especificó ningún tipo de concentración de funciones públicas atribuibles a cada una de los tres Poderes, dando lugar al principio de equilibrio de poderes o *Checks and balances* (*Pesos y Contrapesos*), que daría lugar al reconocimiento constitucional de las agencias administrativas independientes en el Sistema Norteamericano<sup>455</sup>.

Su creación responde fundamentalmente a la necesidad en que el Estado pueda intervenir en la Economía, de allí que estas agencias independientes cuenten con tres elementos fundamentales que justifican su existencia, como lo son la neutralidad política, la especialización técnica y su eficacia<sup>456</sup>, aspectos a los que habíamos hecho referencia en la primera parte de este capítulo.

<sup>455</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. *“Las Administración por Agencias Independientes...”* Op. cit. Pp. 182.

<sup>456</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 105. Más allá de los tres criterios que justifican la existencia de las agencias independientes, su creación responde siempre a criterios políticos y de las relaciones que se surtan entre el Presidente y el Parlamento *“cuando el signo político del Congreso y del Presidente no coinciden y el Congreso quiere mantener a las agencias fuera del alcance del Presidente. Por el contrario, se crean menos agencias de este tipo, y más ejecutivas, cuando ambos órganos están controlados por el mismo partido”*. En cuanto a la neutralidad alude a que las decisiones que se adopten de manera imparcial y ajena a cualquier tipo de interferencia política. Las actividades encomendadas a estas agencias es la de regular, de allí que las decisiones económicas sean adoptadas por parte de agentes con conocimientos especializados sobre las materias a regular y se pueda garantizar la continuidad de la *public Policy*, sumado a que muchas de las funciones encomendadas a estos órganos afectan derechos de los ciudadanos, que son garantizados en mayor forma sin que medie ningún tipo de interferencia política.

En lo que respecta a su especialización técnica, los conocimientos cualificados permiten que los problemas que se plantean en el sector sean resueltos conforme a la especialidad debido a la complejidad técnica y que

### a. Evolución de las agencias

Las primeras agencias que se crean tal como lo precisa SALVADOR MARTÍNEZ “*la Interstate Commerce Commission fue creada en 1887 y la Federal Trade Commission en 1914, pero no será hasta la era del New Deal cuando las modernas agencias pasen a ser una característica relevante del Gobierno norteamericano*”<sup>457</sup>. Luego las demás Comisiones que se crearon posteriormente para regular sectores específicos como la Civil Aeronautics Board (CAB)<sup>458</sup> (en materia de transporte aéreo), Federal Energy Regulatory Commission (FERC)<sup>459</sup> (dedicada al sector de la energía) y la Securities Exchange Commission (SEC)<sup>460</sup> (dedicada al mercado bursátil y de los títulos valores)<sup>461</sup>, agencias dedicadas a desarrollar tareas regulatorias en sectores específicos, caracterizados especialmente su componente económico<sup>462</sup>.

Si bien, es el año 1887 se constituye en la fecha hito, por la creación de este nuevo modelo que ha sido implantado en Europa e Iberoamérica, hay que tener presente el surgimiento de las agencias supervisoras como un antecedente próximo a las agencias reguladoras<sup>463</sup> y el desarrollo que han tenido en todos los ámbitos académicos<sup>464</sup>.

---

están sometidos a contantes cambios, los cuales no podrán ser resueltos de manera óptima por parte de las administraciones.

Y por último de estar ajeno de los controles por parte del Presidente y la posibilidad de contar con un personal especializado, pueden optar por procedimientos sean más rápidos y flexibles, lo que implica que los conflictos sean resueltos de manera eficaz.

<sup>457</sup> *Ibíd.* Pp. 93.

<sup>458</sup> Creada en el año de 1940, encargada de la reglamentación de seguridad, investigación de accidentes y la regulación económica de las líneas aéreas

<sup>459</sup> Su antecesora es la Comisión Federal de Electricidad, fue fundada en 1930, con el fin de para permitir a los miembros del gabinete para coordinar el desarrollo de la energía hidroeléctrica federal.

En 1935, la FPC se transformó en un organismo regulador independiente con cinco miembros designados por el Presidente y confirmados por el Senado. En ese momento el FPC regulado tanto la energía hidráulica y electricidad interestatal.

<sup>460</sup> La SEC fue creada por la sección 4 de la Securities Exchange Act de 1934, atribuyéndole la naturaleza de agencia de carácter independiente, dentro de sus funciones se destaca entre otras muchas la responsabilidad principal de hacer cumplir las leyes federales de los valores y regular la industria de los valores, los mercados financieros de la nación, así como las bolsas de valores, de opciones y otros mercados de valores electrónicos.

<sup>461</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La regulación de industria y public utilities...*” Op. cit. Pp. 307. “*En una segunda fase, que se inicia en la era de Franklin D. Roosevelt y que se prolonga hasta la década de los setenta en el siglo XX, se asiste a la aparición de una serie de agencias cuya actividad proyecta en ámbitos en los que el componente económico no es el dominante. La primera de esta serie fue la Food and Drug Administration y ya a partir de los años setenta se crean la Environmental Protection Agency (EPA), la Occupational Safety and Health Administration (OSHA) y la Consumer Products Safety Commission. Aunque se trata de sectores que tienen marcadas particularidades, lo cierto es que ya con cierta perspectiva se advierte un elemento central y común de regulación en todo ellos: el riesgo. Riesgo para la salud de las personas, para el miedo ambiente, riesgos laborales, riesgos para los consumidores. El objetivo común y fundamental de estas comisiones viene a ser así la regulación y la gestión de riesgos en los diferentes frentes en los que actúan.*”

<sup>462</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*Origen, principios...*” Op. cit. Pp. 42.

<sup>463</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La regulación de industria y public utilities...*” Op. cit. Pp. 295 y ss.

<sup>464</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “*Las Administración por Agencias Independientes...*” Op. cit. Pp. 182. Las primeras autoridades surgen para desarrollar algunas funciones que la administración central era incapaz

El antecedente más próximo se encuentra en las comisiones de supervisión y control de los ferrocarriles<sup>465</sup>, la primera que se crea es la *Rail Road Commission* y posteriormente se crearon instituciones similares en otros Estados como la *Massachusetts Board of Railroad, Illinois Railroad*, entre otras<sup>466</sup>, constituyéndose como antecedentes de la creación a nivel federal de las Agencias Independientes en los Estados Unidos<sup>467</sup>.

La finalidad de estas primeras comisiones era inspeccionar el cumplimiento de la Ley por parte de las compañías. En cuanto a su estructura estaban conformada por tres comisarios y eran creada mediante Ley. ¿Qué inconveniente tenían?, la ausencia de poder de decisión y la posibilidad de definir algunos parámetros particularmente en materia de tarifas, uno de los aspectos que van a ser reconocidos a las agencias que se crean con posterioridad del año 1887<sup>468</sup>, con la creación de la *Interstate Commerce Commission*<sup>469</sup>, a través de las *Granger*

---

de solucionar, algunas se le había otorgado la posibilidad de resolver conflictos técnicos y jurídicos, que atendiendo a su especialidad era pertinente que instancias especializadas tuvieran conocimiento de ellos para dar una solución jurídica adecuada. “*Las primeras AAI, surgidas con la revolución industrial, fueron creadas para llevar a cabo importantes funciones que comprendían, desde el diseño y la ejecución de algunas políticas que reclamaban una preparación técnica especializada de muy alto nivel, que la administración tradicional era incapaz de ofrecer, hasta la resolución de conflictos jurídicos y técnicos, que no podían ser abordados con igual solvencia por instancias judicial- quienes, no obstante, seguirían conservando sus atribuciones constitucionales para resolverlos en última instancia, y con carácter de cosa juzgada*”.

<sup>465</sup> MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. *La Administración por...* Op. cit. Pp. 102 y ss, quien desarrolla en su obra un importante estudio sobre los primeros modelos estatales creados en Estados Unidos, orientados a regular el comercio interestatal y que sirven como antecedentes para la creación de la Interstate Commerce Commission como primera agencia estatal. La comisiones predecesoras se caracterizaron por:

- a) Las personas que fueran designadas para desempeñar el cargo de Comissionners eran designados por parte del Gobernador del Estado, previa aprobación del Parlamento para periodos que oscilaban entre los dos y seis años. Asimismo, se establecían reglas relativas al cese de los comisionados, cuya finalidad era garantizar la independencia de la Comisión respecto del Gobernador.
- b) Su creación se da para dar solución a problemas concretos que no podrían ser resueltos por parte de organismos previstos dentro de la administración tradicional. Su creación devenía del Parlamento, (quien estableció una división de tareas y un nuevo sistema dentro del poder ejecutivo), el cual le encomendaba una serie de funciones: a) cuasijudiciales (como la fijación de estándares, directrices, entre otros), la fijación de tarifas.

<sup>466</sup> *Ibíd.* Pp. 183. Otro antecedentes sobre las agencias independientes, se pueden encontrar en el Departamento del Tesoro, quien gozaba con ciertos atributos de independencia del Gobierno, pero al cual nunca se le fue reconocido como un verdadero departamento ejecutivo.

<sup>467</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Los principios del Derecho de la Regulación: La Actividad de las Agencias y su control*”. En *VVAA: Revista General de Derecho Administrativo*. Núm. 20. 2009. Pp. 1-30.

<sup>468</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La regulación de industria y public utilities...* Op. cit. Pp. 296. “*Conviene destacar y retener que estas primeras comisiones obtenían como resultado de sus inspecciones una valiosa información sobre las compañías ferroviarias, su situación financiera, los costes en los que incurrían y los beneficios que alcanzaban. La información se revelará con un elemento esencial al servicio de regulación. Tanto para los consumidores y usuarios, como para los precios y tarifas en función de los beneficios obtenidos por las compañías o de las inversiones efectivamente realizadas*”

<sup>469</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “*Agencias...* Op. cit. Pp. 149 y ss. La importancia de esta comisión está dada por dos aspectos fundamentales. La primera por la trascendencia de las funciones que venía a desempeñar en un sector tan importante para los Estados Unidos como el sector ferroviario, de allí que el legislador prefiriera la creación de un ente que regulara las condiciones del mercado, de fijará las reglas de competencia, lo que se traduciría en que esta agencia debería conseguir equidad en las tarifas, equilibrio entre las empresas y los usuarios, sumado a la correcta prestación del servicio, atendiendo a criterios técnicos y de imparcialidad. El segundo aspecto a destacar, es el sistema de designación de sus miembros, el período fijo



Law; la particularidad de la ICC es la ser la primera agencia reguladora independiente de ámbito federal, encargada de regular y supervisar el correcto funcionamiento del Sector Ferroviario atendiendo a su carácter técnico, a la cual se le otorgaban una serie potestades de carácter normativo y algunas de carácter jurisdiccional<sup>470</sup>.

La creación de estas instituciones y sus facultades derivan diferentes pronunciamientos proferidos por varios Tribunales, pero se destaca el fallo de Suprema Corte de 1876 en el caso *MUNN vs ILLINOIS*<sup>471</sup>, en el que se vienen a determinar que pueden existir entidades reguladoras diferentes a los Tribunales, en el sentido de que estos no cuentan con los conocimientos específicos para regular a un sector en particular. La importancia de este fallo es que reconoce la existencia de entidades diferentes a los Tribunales que pueden ostentar facultades regulatorias y administrativas, contando con los conocimientos especializados sobre diferentes sectores<sup>472</sup>.

La gran importancia de estas comisiones, es que establecieron un régimen jurídico particular, que ha sido incorporado por las demás agencias independientes y el cual tiene plena vigencia hasta nuestros días, este régimen jurídico se conforma por 5 aspectos fundamentales, como lo indica SALVADOR MARTINEZ<sup>473</sup>:

- Los miembros eran elegidos por el Gobernador del Estado, con la aprobación del Parlamento;
- Existían causas tasadas de cese para garantizar la <<independencia>> de la Comisión frente al Gobernador;
- El mandado de los miembros de las Comisiones solía tener una duración de entre 2 y 6 años, y la renovación se hacía por parte;
- En algunos casos se exigía que las Comisiones estuviesen compuestas por representantes de los (dos) partidos existentes, para evitar que la Comisión estuviera controlada por un solo partido, el del Gobernador, y
- Las Comisiones no respondían ante el Gobernador del Estado, sino ante el Parlamento, porque se consideraban <<agentes>> del órgano legislativo.

Como principal inconveniente a las funciones que se realizaba por estas Comisiones, antecedente de las Agencias reguladoras que conocemos en la actualidad, era la presión o incidencia que podrían tener “los regulados” en las decisiones que tenían que ser adoptadas en materia tarifaria o los límites que establecían respecto a las compañías ferroviarias; de allí que

---

previsto para el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas, el período fijo para el ejercicio de las funciones y con una serie de atribuciones tanto ejecutivas, normativas y judiciales, al margen del control del Presidente.

<sup>470</sup> AVEZUELA CÁRCEL, JESUS. “Agencias. El ejemplo Norteamericano”. En: *Ciudadanía y Valores Fundación*. Disponible en: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1225902539\\_agencias.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1225902539_agencias.pdf) [en línea]. (Consultado 21/12/2012).

<sup>471</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Los principios del Derecho de la Regulación...Op. cit. Pp. 2.

<sup>472</sup> STIGLER, GEORGE. *The Theory of Economic Regulation*. Op. cit. Pp. 7 y ss. “Una generalización de la teoría de la captura del regulador y los grupos de interés es que varios grupos son afectados de manera diferente por la regulación. Los grupos de interés compiten por influir en la legislación: aquellos que están mejor organizados y son más afectados por la regulación gastan dinero intentando promover sus propios intereses a través de la legislación y de la simpatía de los reguladores. En la teoría más general de los grupos de interés, las firmas, los consumidores u otros grupos pueden capturar al cuerpo regulador”

<sup>473</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 92-93.

muchas veces se cuestionara las medidas que se adoptaban, que en vez de favorecer a los consumidores defendían los interés o las medidas regulatorias eran más favorables a las empresas reguladas a lo que la doctrina denomino *la captura del regulador o teoría de los grupos de interés*<sup>474</sup>, fenómeno que va tener gran relevancia en el proceso de consolidación de estas Agencias.

La *Interstate Commerce Commision* fue la primera entidad de esta naturaleza de carácter federal; su consagración normativa se encuentra en la Ley de Comercio Interestatal, con la cual se pretendía frenar los abusos de determinadas empresas privadas en el sector de la industria, particularmente la fijación de precios y tarifas de las compañías ferroviarias; el cual empezaba a ser considerado de interés público, razón por la cual, la ley inicia el proceso de regulación de las actividades privadas que inciden dentro de este sector.

Se crea la Comisión de Comercio Interestatal como organismo encargado de regular el sector de la industria, de carácter federal para la regulación de los ferrocarriles<sup>475</sup>, con lo cual se erige como una autoridad administrativa independiente al haber sido dotada de ciertos elementos que la particularizan como tal, éstos son: estabilidad en el cargo de las órganos de dirección, se le atribuyen potestades normativas autónomas, pues con relación a las funciones que le son otorgadas por ley, puede cumplirlas y desarrollarlas sin injerencia alguna por parte de las administración central.

El desarrollo de las mismas y su consolidación como un importante instrumento de la política regulatoria, estuvo acompañado de fuertes cuestionamientos<sup>476</sup>, principales por las atribuciones otorgadas para ejercicio de la función reguladora<sup>477</sup>, con fin reducir con poder de las industrias,

---

<sup>474</sup> BOEHN, FREDÉRIC. “Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos”. En VVAA: *Revista de Economía Institucional*, Vol. 7, n.º 13, Segundo semestre/2005. “La hipótesis de Stigler (1971) es que una industria puede utilizar el poder coercitivo del Estado, o poder público, para conseguir rentas privadas. Stigler destaca que los mecanismos tradicionales para conseguir rentas de monopolio, como el limit pricing o la integración vertical para crear barreras de entrada, son menos eficientes que las regulaciones. Otros autores de la escuela de Chicago, Posner (1974 y 1975), Peltzman (1976) y Becker (1983), afinaron la teoría de Stigler, incluyeron otros intereses diferentes a los de la industria y mostraron la competencia por los favores del Estado”.

<sup>475</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de industria y public utilities... Op. cit. Pp. 300 y ss. El antecedente más próximo a la creación de esta comisión se por el fallo de la Corte Suprema en el año 1886 en el asunto Wabash Railway v. Illinois, donde se alude a la necesidad de contar con un regulador de carácter federal, ya que a la fecha en que se profiere el fallo las competencias estatales y las diferencias regulatorias entre cada uno de ellos.

<sup>476</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administración por Agencias Independientes...Op. cit. Pp. 184. “La naturaleza técnica de las AAI, acreditó la idoneidad de la institución en el desempeño de sus funciones de regulación, supervisión y resolución de conflictos, a la vez que propició el surgimiento de nuevos organismos independientes.

Sin embargo, ello despertó también la crítica generalizada, ante el alumbramiento de un poder caracterizado por tres elementos que, en su conjunto, parecían amenazar el orden constitucional. Estos elementos se resumen, en la escasa responsabilidad política por sus decisiones, su atomización en múltiples centros de decisión, y la potestad para actuar el margen de la orientación política del gobierno”.

<sup>477</sup> Las atribuciones dadas en la Ley de creación de este tipo de agencias aludían a facultades tales como la de dictar normas restringidas al sector a regular, y decisiones de carácter unilateral como: fijar precios o tarifas, la de otorgar licencia previo el cumplimiento de los requisitos previstos para la misma y el poder más cuestionado de poder dirimir conflictos, a lo que se le ha denominado como la facultad parajudicial o

los poderes atendiendo a reproducen en su estructura algunas de las funciones dadas a las tres poderes públicos y su reconocimiento en el sistema constitucional norteamericano. En cuanto a su composición inicial<sup>478</sup>, estaba compuesta por cinco comisarios, nombrados por parte del Presidente con el visto bueno del Senado, los cuales no podrían ser cesados exclusivamente por parte del Presidente de los Estados Unidos; dicho cese se limitaba a los supuestos de ineficiencia, abandono del servicio o conducta delictiva en el desempeño del cargo.

La evolución de las Agencias Independientes está directamente relacionada con la época del Estado del *New Deal* de 1935<sup>479480</sup>, la cual se caracterizó por el activismo estatal, es decir un Gobierno que toma un papel dinámico para alcanzar sus objetivos, abandonando ese papel meramente pasivo con el cual esperaba a que las leyes del mercado alcanzaran los objetivos trazados; y la mejor forma de salir de la crisis se consideró que era la creación de nuevas comisiones en los más diversos sectores<sup>481</sup>, *“la organización administrativa del New Deal se erigió sobre la base de estimar que el system of common law y la separación de poderes eran frenos a la política del progreso social. La ruptura de ambos principios tuvo su plasmación institucional en el reconocimiento de la autoridad de las agencias independientes. Plasmación institucional que obedeció en primer lugar a la necesidad de conseguir un sistema unificado de poder para afrontar el reto de la acción del gobierno que predicaba el New Deal; en segundo lugar, a que la nueva regulación revestía un grado tal de complejidad que requería conocimientos técnicos de expertos y especialistas”*<sup>482</sup>.

Otro fundamento que incentivó la creación de las agencias independientes fue la constante desconfianza que existe y existía entre el Congreso y el Presidente. La cual se hizo notoria cuando las funciones a las que debía hacer frente el Presidente empiezan a aumentar, poniendo en grave peligro el equilibrio logrado con la distribución clásica del poder, momento en el cual se decide dotar al Congreso de la facultad de creación de autoridades con funciones

---

cuasijudicial y la posibilidad de imponer sanciones una vez se compruebe la transgresión a la ley a los mismos reglamentos que este tipo de entidades emitan.

<sup>478</sup> MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. *La Administración por...* Op. cit. Pp. 104 y ss.

<sup>479</sup> LENIS MEJIA, ANA LUCIA. *“Las Agencias Independientes o Comisiones de Regulación”*. En VVAA: *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, n° 2. JAVEGRAF. Bogotá. 2004. Pp. 113-174. Todo el movimiento del *New Deal*, vio a transformar la actividad reguladora del Estado y la creación de nuevas comisiones reguladores en todos y cada uno de los sectores no solo la regulación de la industria.

<sup>480</sup> CHANCERELLE DE MACHETE, RUI. *“Estatuto e regime das ...”* Op. cit. Pp. 87.

<sup>481</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *“La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa”*. En VVAA: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie año XXXI, N° 94 enero-abril 1999. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art3.htm> [En línea] (Consultado 6/06/2013). *“El New Deal de la década de los treinta reforzó el modelo de regulación por comisiones independientes. La depresión económica fue tan profunda que obligó a las autoridades públicas a replantearse su función. La respuesta del gobierno federal fue una mayor intervención, una intervención encaminada a sustituir los mecanismos del mercado que, por una parte, eran acusados de haber provocado la depresión, y por otra, habían sufrido un colapso y eran incapaces de gobernar ciertos sectores. Así se generalizó la regulación económica en los sectores básicos, con el fin de estabilizarlos a través de la fijación de barreras de entrada y la imposición de horquillas de precios a los operados privados. Se crean así la Federal Power Commission (1930), la Federal Communications Commission (1934), y la Securities and Exchange Commission (1934)”*.

<sup>482</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA Op. cit. Pp. 95.

administrativas pero que no estuvieran sometidas al poder del Presidente y la necesidad imperiosa por parte de éste que las Agencias quedaran sometidas bajo su dirección como sucedió en la Administración Roosevelt<sup>483</sup>, *quien urgió al Congreso a que situara todas las Administraciones bajo la dirección de sus departamentos ejecutivos; las exigencias presidenciales con dicho fin, se convertirían en una práctica permanente, complementada por nuevas estrategias para lograr su primacía sobre ellas*<sup>484</sup>.

La no subordinación de estas nuevas autoridades, se va a lograr plenamente cuando se le retira al Presidente la facultad de remoción discrecional de los miembros que conformaban estas nuevas instituciones, con lo que se pretende lograr la neutralización política de las mismas.

En cuanto a la postura del Tribunal Supremo esta puede analizarse en dos grande etapas respecto al reconocimiento de estas agencias dentro del sistema legal Norteamericano; la primera etapa que concluye con la declaración del *New Deal* en 1935<sup>485</sup>, en la que desconoce muchas de las atribuciones dadas a este tipo de entidades; la segunda etapa se caracteriza por apoyar la creación de estas agencias, al no declarar inconstitucional la delegación expresa de amplios poderes por parte del Congreso a las agencias independientes, al atribuirles funciones de tipo normativo, ejecutivo y de resolución de conflictos y asimismo, la posibilidad de limitar los poderes de dirección presidencial sobre estas entidades. Particularmente esta nueva etapa como lo precisa ESTEVE PARDO<sup>486</sup>, la Corte Suprema establece tres fundamentos respecto a este tipo de agencias:

*El primero era el reconocimiento al legislador de un amplio poder para regular la economía, delegar y distribuir a su criterio; el segundo era que correspondía a las agencias la valoración del interés público en los específicos sectores que les estaban confiados; el tercero era la reconocida limitación por parte de la propia Corte para revisar las decisiones de contenido técnico de las comisiones.*

---

<sup>483</sup> Ibíd. Pp. 96. “A la vista de estas críticas, el Presidente Roosevelt encargó diverso estudios sobre el régimen jurídico de las citadas agencias. En 1937 se publica el primero de ellos, encargado al *Presidentes Committee on Administrative Management*, que critico la situación de las agencias por los motivos aludidos y las calificó de cuarto poder del Estado (*fourth branch of Government*). Como cabe imaginar, la finalidad última del Presidente, y de todos esos informes, era transformar el régimen de estas agencias para integrarlas en los departamentos ministeriales y someterlas al control presidencial”.

<sup>484</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “*Las Administración por Agencias Independientes*... Op. cit. Pp. 185.

<sup>485</sup> Tal como precisa ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La regulación de industria y public utilities*... Op. cit. Pp. 306, quien precisa que esta primera etapa concluye con la expedición de la sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad de la *National Industrial Recovery* (conocida como NIRA por sus siglas en inglés), y llamada oficialmente “Ley del 16 de junio de 1933” (“Act of June 16, 1933”). La finalidad de esta comisión era regular la actividad de las industrias estadounidenses y permitir la “coordinación de esfuerzos” entre éstas para estimular la recuperación económica y establecer un programa nacional de obras públicas. En la práctica se acusó a la NIRA de fomentar monopolios y cárteles empresariales bajo el pretexto de la “cooperación” entre las empresas industriales.

A pesar de las funciones encomendadas la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió sentencia el 27 de mayo de 1935 en el caso *Schechter Poultry Corp. v. United States*, declarando a la NIRA como una infracción a la Constitución estadounidense por violar los principios de separación de poderes, especialmente por considerar excesivos sus poderes.

<sup>486</sup> Ibídem. Pp. 306

A pesar de los diferentes argumentos expuestos, que propendían por la creación de estas nuevas entidades, su incorporación dentro del Ordenamiento Jurídico Norteamericano no fue pacífica, muchos se opusieron a la creación de estas instituciones, incluso algunos de los congresistas, se resistieron a la instauración de este *hybrid body*<sup>487</sup>, pues lo consideraban inconsistente con la separación de poderes.

Dentro de la línea jurisprudencial estadounidense también existió toda una evolución como lo precisábamos anteriormente para el reconocimiento de estas agencias, la cual estuvo determinada por diferentes pronunciamientos:

- *Primera Etapa*

Uno de los principales pronunciamientos respecto a las facultades y la restricción de las mismas por parte del Tribunal Supremo se da en el año 1897 en el proceso que se adelantó entre *Cincinnati New Orleans & Texas Pacific Railway v. Interstate Commerce Commission*. Dicho fallo redujo los poderes que tenía esta Comisión en materia de fijación de tarifas, registrando sus facultades exclusivamente a la facultad de investigación.

En el caso *Myers vs United States* de 1926<sup>488</sup>, donde se sostuvo la inconstitucionalidad de una norma que impedía al Presidente de los Estados Unidos remover libremente a los *executive officers*<sup>489</sup>. En dicha Sentencia se expresa que para tener un Ejecutivo fuerte se debía reconocer al Presidente la libertad de seleccionar y cesar a sus funcionarios y agentes. Posición jurisprudencial, que por supuesto, no daba cabida alguna al reconocimiento de Agencias cuyo nivel de independencia fuera tal que sus directivos no estuviesen sometidos al libre nombramiento y remoción del Presidente.

- La Corte Suprema en el caso *Humphrey's Executor vs United States* de 1935<sup>490</sup>, caso en que el presidente Roosevelt removió al director de la Federal Trade Commission (FTC), antes de finalizar el plazo legal establecido para el cargo, con el argumento de que existía incompatibilidad política, con pleno conocimiento de que la Ley solo permitía la remoción en los supuestos de ineficacia o negligencia en sus obligaciones. Es decir, fue cesado por causas no previstas legalmente para la destitución de los altos directivos de la Agencia. Frente a lo cual

---

<sup>487</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes...* Op. cit. Pp. 32.

<sup>488</sup> *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926). Disponible en: <http://www.supremecourt.gov/> [en línea] (Consultado 10/09/2012). *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926), was a United States Supreme Court decision ruling that the President has the exclusive power to remove executive branch officials, and does not need the approval of the Senate or any other legislative body.

<sup>489</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. *“Las Administraciones por Agencias Independientes...”* Op. cit. Pp. 186. *“La sentencia le reconoció al presidente el derecho ilimitado de remoción discrecional, respecto de los titulares de los diferentes órganos de la administración federal. La sentencia significó, para algunos, un primer paso hacia la anhelada reunificación de funciones administrativas en cabeza del presidente”*.

<sup>490</sup> *Case, Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935). Disponible en: <http://www.supremecourt.gov/> [En línea] (Consultado 10/09/2012). *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935), was a United States Supreme Court case decided during the Franklin Delano Roosevelt presidency, regarding the powers that a President of the United States has to remove certain executive officials of a "quasi-legislative," "quasi-judicial" administrative body created by Congress, for purely political reasons and without the consent of Congress.

el Tribunal Supremo expresó que atendiendo a la particular naturaleza jurídica que se le ha reconocido a ésta entidad permite al Congreso limitar el poder de remoción del Presidente (se considera que esta es la primera Sentencia a favor de la constitucionalidad del sistema de administraciones por agencias o administraciones independientes) :

*La autoridad del Congreso para crear Agencias cuasi-legislativas o cuasi-judiciales, para permitir actuar con independencia frente al Ejecutivo, no puede ser cuestionada y esa autoridad incluye, como un medio adecuado, la potestad de fijar un periodo de permanencia en el cargo, así como prohibir su remoción, excepto por causa justificada<sup>491</sup>.*

Este fallo constituye el hito jurisprudencial en materia de independencia de las Agencias, pues abandona por completo la posición que se había marcado desde 1926, para darle reconocimiento a la autonomía e independencia de estas nuevas entidades administrativas, pero viene a precisar *que las competencias presidenciales de libre remoción de los cargos directivos de las agencias administrativas federales, podrían ser limitadas legalmente- sin que ello significara violentar el orden constitucional<sup>492</sup>*. Además, se inicia el reconocimiento de las agencias independientes como organismos con poderes cuasi legislativos y cuasi judiciales:

*...cuasilegislativos no por lo que se refiere, a su participación en el diseño de políticas, sino a su papel de apoyo a los informes que el congreso debía elaborar. Las agencias eran por último autoridades cuasi judiciales porque obedecían al requerimiento del legislativo de actuar de manera imparcial o libre respecto de cualquier dirección política, como garantía de su actuación correcta o justa<sup>493</sup>.*

La independencia de estas agencias consiste, a diferencia de las *executive agencies*, en que no integran ninguno de los trece ministerios (*executive departments*)<sup>494</sup> que conforman el gabinete del Presidente<sup>495</sup>, ni las demás ramas del poder público y cuentan con competencias que son propias de las demás ramas (normativa, cuasijudicial y ejecutivas)<sup>496</sup>.

---

<sup>491</sup> POMED SÁNCHEZ, LUIS ALBERTO. "Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes". En VVAP: RAP No. 132 septiembre-diciembre de 1993. Centro de Estudios Político Constitucional., Pp. 117-169.

<sup>492</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. "Las Administración por Agencias Independientes...Op. cit. Pp. 186.

<sup>493</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes...* Op. cit. Pp. 39.

<sup>494</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. "Las Administraciones...Op. cit. Pp. 663. Quien alude que la independencia de las AAI deviene según la jurisprudencia desde su creación por parte del legislador, sino por las funciones que desempeña, lo que implica que exista una limitación respecto de los poderes del Presidente sobre lo miembros y sobre las actividades de las agencias reguladoras.

<sup>495</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ-EUGENIO. "Las Securities And Exchange Commission. Un ejemplo de entidad Instrumental de Carácter Expansivo". En VVAA: *Administración Instrumental*. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Arévalo. Civitas. Madrid. 1994. Pp. 771-786. "Las agencias, a diferencia de los Departamentos Ministeriales (permítasenos usar nuestras propias categorías), se caracterizan por su complejo específicamente técnico y por su independencia y neutralidad, esto es, por encontrarse alejadas del principio de jerarquía. Y así, son inamovibles sus miembros, una sean designados por la Presidencia, y no

Las agencias independientes, se diferencian de las *executive departments*, en el sistema de designación de los comisionados por parte del Presidente, se requiere la aprobación del Senado, sin que le sea permitido al presidente nombrar a más de la mitad del mismo partido político, asimismo, los miembros que son designados no pueden ser removidos del cargo libremente por parte del presidente<sup>497</sup>. Además, a diferencia de los *executive departments*, las *executive agencies* reciben sus poderes directamente del Congreso, por consiguiente deben responder ante este y funcionan autónomamente sin sujeción alguna a la rama ejecutiva.

La organización interna de estas entidades varía entre cada una de ellas, pero por regla general dentro de su estructura encontramos cómo básico un *staff* de *commissioners* y un cuerpo directivo. A este último se le aplica la regla de renovación sucesiva, no simultánea, por medio de la cual se asegura la continuidad de los mismos en la respectiva Comisión, pues como los plazos de duración del mandato son de seis años, los nombramientos no se hacen por parte de un solo Presidente<sup>498</sup>.

Sus funciones como se ha expresado anteriormente se dividen en funciones o poderes<sup>499</sup>, tanto ejecutivas, como normativas y judiciales<sup>500</sup>; de ahí la denominación que han recibido de cuerpos híbridos, pues en éstos confluyen las funciones clásicas que han sido otorgadas a los tres poderes en los que se ha dividido el poder público del Estado tradicionalmente y que se concretan en tres grandes actividades a saber, como se presentan en el siguiente cuadro:

---

*rinden cuentas de su actuación ante el poder ejecutivo. Sólo quedan sujetas al control de los Tribunales y, en alguna medida, a modificaciones legislativas en caso de abuso de poderes. Y ante éstos, en el ejercicio de su actuación gozan de una presunción de imparcialidad que es verdaderamente difícil de contradecir. De hecho, el proceso de revisión de tales actos tiene mucho de carácter revisor de los actos administrativos”.*

<sup>496</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “*Las Administraciones...* Op. cit. Pp. 663.

<sup>497</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 102.

<sup>498</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “*Las Administraciones...* Op.cit. Pp. 662 y ss.

<sup>499</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La regulación de industria y public utilities...* Op. cit. Pp. 308 y ss. Los poderes que le fueron atribuidos a estas agencias son tres de acuerdo con lo expuesto parte de este autor:

- a) Potestad de autorización de entradas de operadores en los sectores regulados (licensing power)
- b) Potestad de fijación de precios y tarifas (ratemaking power)
- c) Poderes sobre la actuación y las prácticas de los operadores (power over business practices)

<sup>500</sup> Si en un principio se le consideró preferentemente en la perspectiva del poder ejecutivo, cada vez se generaliza más su análisis desde la óptica del poder judicial: inciden, en efecto, en el papel peculiar de la justicia, pues evocan una función arbitral que la jurisdicción contenciosa-administrativa ya no está en condiciones de cumplir y aparecen investida con normalidad de atribuciones para jurisdiccionales.

ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS <sup>501</sup>		
NORMATIVA	EJECUTIVA	CUASIJUDICIAL
Actividad de carácter eminentemente técnico, pues las materias a regular lo exigen de esta manera. Esta función será desarrollada, siempre, bajo los parámetros fijados por el Congreso, con lo que puede afirmarse que “éstas gozan de una potestad reglamentaria autónoma, pero no totalmente independiente <sup>502</sup> ”.	Se manifiesta esencialmente en los poderes de intervención, como cuando dentro de las funciones de las autoridades independientes está la de conceder licencias o autorizaciones <sup>503</sup> .	Se concreta en la resolución de conflictos, entre particulares que actúan dentro del correspondiente sector, los cuales se generan al momento de la aplicación de la regulación del correspondiente sector. Así mismo tienen la facultad de imponer sanciones <sup>504</sup> .

**Cuadro 4 - Fuente Salvador Martínez - Creación Propia: Actividades de las Agencias.**

Asimismo cuenta con una serie de poderes delegados por parte del Parlamento, los cuales pueden clasificarse como lo precisa MORENO MOLINA<sup>505</sup> en tres categorías a saber:

<sup>501</sup> Debemos destacar la función de Supervisión, dentro de la cuales se enmarcan las de inspección y control del sector regulado. De allí que una de las principales tareas consista en la de recabar información sobre los sujetos regulados y la posibilidad de realizar investigaciones con el fin de comprobar si estos cumple o no la normativa vigente. Todas las atribuciones así como las sanciones a imponer deben estar previamente determinadas en la ley de creación de cada una de la agencias.

<sup>502</sup> POMED SÁNCHEZ, LUIS ALBERTO. Op.cit., Pp. 128.

<sup>503</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “*Las Administraciones...* Op. cit. Pp. 664, en igual sentido SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 112. Se destacan competencias que se enmarcan dentro de la competencia ejecutiva:

- El otorgamiento de licencias, concesiones, permisos o cualquier que sea el título habilitante para actual en el sector regulado.
- Establecimiento de sanciones o gravámenes que afecten la libertad de los sectores regulados
- Concesión de beneficios, ayuda, excepciones o privilegios concretos
- La fijación de los precios de los servicios que los particulares prestan en el ámbito de servicios regulados.

<sup>504</sup> Ibíd. Pp. 114 y ss. Quien presenta de manera sintética la evolución de esta atribución indicando que su reconocimiento por parte de la jurisprudencia limitó dicha competencia a la resolución de conflictos entre las agencias y terceros, posteriormente que se garantizaran una serie de principios reconocidos en la Constitución como lo son la igualdad y el derecho a un jurado y la posibilidad de revisión por parte de los jueces de las decisiones adoptadas por parte de las agencias.

<sup>505</sup> MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. *La Administración por...* Op. cit. Pp. 40; en igual sentido ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*Origen, principios...* Op. cit. Pp. 43.



PODERES DE LAS AGENCIAS		
LICENSING POWER	RATEMAKING POWER	POWER OVER BUSINESS PRACTICES
Entendido como el poder que tienen las agencias para autorizar la entrada de un operador en el sector regulado (telecomunicaciones, energía, etc.). Este poder habilita a la agencia en poder excluir o sustraer del sector a una compañía que operada en el mismo.	Facultad que le permite a la agencia fijar los precios y tarifas.	Facultad que le atribuye a las agencias el poder de controlar el desarrollo de las actividades realizadas por parte de los operadores y las prestaciones, particularmente las que corresponden a las condiciones de seguridad, calidad de las prestaciones y al reconocimiento y protección de los derechos de los usuarios.

**Cuadro 5 - Fuente Moreno Molina - Creación Propia: Poderes de las Agencias.**

Esta forma de administración va tomando gran fuerza e importancia dentro del sistema administrativo norteamericano, porque se presentan como el medio por el cual se hará frente al innumerable incremento de funciones del ejecutivo y su incapacidad para cumplimiento satisfactorio de estas.

Con posterioridad, se crean diversas agencias de esta misma naturaleza, para vigilar la libre competencia y el cumplimiento de las leyes antimonopolio; en el sector de la energía, se creó la *Federal Power Commission*; en las telecomunicaciones, comprendiendo dentro de ésta la radiotelevisión, el sector telefónico y telegráfico, la *Federal Communications Commission*; para el control de los mercados financieros, la *Security and Exchange Commission*; en la aviación, la *Civil Aeronautics Boras*, etcétera.<sup>506</sup>

#### - Segunda Etapa

El gran crecimiento y acogida que tuvieron estas entidades marcan su misma crisis, pues la enorme proliferación también significó un fracaso en el intento de controlar éste tipo de entidades por parte del Congreso. Además, si bien logran constituirse como entidades realmente autónomas e independientes del Gobierno, se empiezan a crear vínculos de dependencia con los sujetos que intervienen en el sector regulado, hasta llegar al punto en el que el ente regulador es capturado por el mismo sector, “*la captura de las agencias puso en duda su imparcialidad y, por ende, su capacidad para resistir a las presiones políticas*”<sup>507</sup>, generando situaciones de ineficiencia, afectando el desarrollo de los sectores regulados y a la competencia, así como la apertura de los mismos para el ingreso de nuevos operadores<sup>508</sup>.

<sup>506</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “*Las Administraciones Independientes...* Op.cit. Pp. 662.

<sup>507</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *Las administraciones independientes. Los entes...* Op.cit. Pp. 42.

<sup>508</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La regulación de industria y public utilities...*Op. cit. Pp. 328

Sumando a los diferentes estudios realizados tanto por el Ejecutivo y el Legislativo sobre la naturaleza de las Agencias, la constitucionalidad de las mismas y las posibilidades para recuperar las atribuciones dadas a este tipo de entidades<sup>509</sup>, destacándose el informe *Hoover* realizado por parte del Legislativo, donde se indica que no existía ningún tipo de coordinación entre las actividades que realizaban las Agencias Independientes y los programas políticos del ejecutivo. En lo que respecta al Ejecutivo, han sido varios los estudios: se destacan los informes *Brownlow* de 1937<sup>510</sup>, los elaborados en las décadas de los sesentas o setentas *Redford y Landis* de 1960, *Ash* de 1971 y los elaborados en la década de los ochentas y noventas *Grace* de 1983 y *Gore* de 1993. En ellos se ha determinado que es inconstitucional el sistema de las Administraciones Independientes, siendo necesario que estas estén sujetas al control por parte del Presidente, lo que se traduciría en la supremacía del Gobierno sobre la Administración Federal.

Este conjunto de acontecimientos genera que los diferentes poderes públicos, quienes habían brindado apoyo a la incorporación de estas entidades, cambien de posición. El Congreso comienza por introducir en la legislación de las agencias, ciertos límites a su gestión, con el objetivo de impedir la captura de las agencias por parte del sector regulado, así como la ampliación de los mecanismos de control sobre las mismas.

La reacción más fuerte contra este tipo de entidades se produjo en el Ejecutivo, pues Presidentes como Carter y Ronald Reagan, promueven una política para que se lleve a cabo la incorporación de estas autoridades al Ejecutivo. Uno de los primeros mecanismos puestos en práctica para forzar la inactividad de las Agencias Independientes fue el control de los medios de financiación de las mismas, políticas que fueron contando paulatinamente con el respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien decide cambiar la posición que venía sosteniendo con relación a las Agencias Independientes, retornando a las ideas tradicionales de respeto y estricto cumplimiento del principio de tripartición del poder, con el cual, bajo ningún supuesto, se podía dar cabida a entidades que no tuvieran ninguna la subordinación de alguna de las tres ramas del poder<sup>511</sup>.

El primer pronunciamiento al respecto, se da en el caso *Buckley vs Valeo*<sup>512</sup> en el que el Tribunal Supremo considera inconstitucional el procedimiento de elección de los

---

<sup>509</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “*Las Administración por Agencias Independientes...* Op. cit. Pp. 186. “Entre los estudios parlamentarios, sobresalen los correspondientes al primer y segundo informe de 1949 y 1953, así como el informe Harris de 1959 y el Estudio del Senado sobre la regulación federal de 1977. Todos ellos aportan reflexiones valiosas acerca de la constitucionalidad y eficacia práctica de las AAI”.

<sup>510</sup> Ibíd. Pp. 187. “El temprano informe Brownlow de 1937, realizado bajo la administración Roosevelt, pronto se haría célebre por su severa crítica al fenómeno de la administración por agencias independiente. El informe concluye describiendo muy crudamente la realidad de las AAI, al definir las como una poderosa, descoordinada y acéfala cuarta rama del poder público, que desafía la lógica de la responsabilidad democrática y desborda gravemente el marco constitucional”.

<sup>511</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 99.

<sup>512</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes...* Op. cit. Pp. 44. “... lo transcendental es constatar que la agencia no ejercita funciones legislativas para afirmar que escapa del poder del Congreso el proceder al nombramiento de sus miembros. Esta intervención marca la pauta de un cambio de actitud del Tribunal frente a los poderes del Ejecutivo. No se trata tanto de afirmar los límites

Comisionados de la *Federal Election Commission*. La inconstitucionalidad se fundamenta en el hecho de que el Congreso intervenga en esta elección, pues constituye una violación al principio de la separación de poderes; acogiendo el argumento totalmente opuesto al que venía sosteniendo en su jurisprudencia, pues expresa que las Agencias Independientes no pueden ejercer funciones legislativas, el cual escapa del poder del Congreso nombrar los miembros de las agencias, insinuando sucintamente que éstas se encontraban bajo el control del Poder Ejecutivo<sup>513</sup>.

Con posterioridad en la Sentencia *Immigration Naturalization Service vs Chadha* de 1983<sup>514</sup>, se vuelve completamente al formalismo de la separación de poderes, pues se considera inconstitucional la posibilidad que tenía el Congreso de vetar las decisiones tomadas por las Agencias ejecutivas, argumentando que esto supone una intervención del Legislativo en la esfera de actuación del Ejecutivo. En esta Sentencia se expresa, de manera directa, que las Agencias Independientes forman parte del Poder Ejecutivo, pues se acoge el argumento de que debe ser rechazada cualquier institución que no cuente con un respaldo constitucional; además, se expresa con claridad que la división del poder público está hecha de forma tripartita, por lo que todos los denominado *four branch* deben ser rechazados y clasificados dentro de algunos de los tres poderes, incluso se llega a afirmar de manera rotunda y con un gran formalismo, que de no ser incorporadas éstas instituciones dentro de los tres poderes tradicionales serían consideradas inconstitucionales<sup>515</sup>.

En el plano Jurisprudencial, aún se siguen planteando procesos en los que se cuestiona la naturaleza de las agencias y su reconocimiento constitucional, como se ve reflejado en el caso *Bowsher vs Synar Conference* el Tribunal Federal de Apelación con sede en Washington D.C., se encontró con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de éstas pero aun así no lo hizo<sup>516</sup>, pero si cuestiona el criterio previsto en la sentencia *Humphrey's Executor* de 1935, donde se declaró la constitucionalidad de la agencias<sup>517</sup>.

---

*del poder del Ejecutivo como de definir los límites del poder legislativo respecto del ámbito correspondiente a éste, precisamente para salvaguardar el ejercicio coordinado de la dirección política que al Presidente le corresponde respecto de la ejecución de la Ley....”.*

<sup>513</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de industria y public utilities... Op. cit. Pp. 50.

<sup>514</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *Las administraciones independientes. Los entes...* Op.cit. Pp. 45. En esta sentencia vuelve a traer a colación la importancia de la separación de poderes, en el entendido de que no debe existir en el ordenamiento agencias o instrumentos que no tengan asiento en el sistema constitucional, reafirmandose la tridivisión de los poderes públicos, lo que implica que no existe un cuarto poder.

<sup>515</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de industria y public utilities...Pp. 51.

<sup>516</sup> *Ibíd.* Pp. 34

<sup>517</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administración por Agencias Independientes...Op. cit. Pp. 189. “A la luz de dicho planteamientos, el juez SCALIA en la célebre sentencia del caso *Synar v. United States*, proferida en 1986 por el Tribunal Federal de Apelación con sede en Washington D.C., constataba ya el progresivo deterioro de los argumentos dominantes en pro de la constitucionalidad de las AAI, tradicionalmente expuestos desde la sentencia del caso *Humphrey's Executor* de 1935. La debilidad del argumento de la acumulación de competencia como criterio central para defender la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes, da paso gradualmente a la introducción del criterio

La discusión de las agencias independientes en el sistema Americano continúa abierta, pero no implica que se estén dando transformaciones para mantenerlas tal como las hemos conocido<sup>518</sup>:

*El Tribunal Supremo no está dispuesto, por ahora, a liquidar a las Agencias Independientes. Pero también es cierto que se están dando los pasos necesarios para neutralizar por vías jurídicas o políticas la independencia de estas Agencias y dirigir totalmente el sistema administrativo federal. En definitiva, se trata de racionalizar esta estructura, al mismo tiempo que se liquidan las conquistas de la política social desarrollada durante más de cincuenta años. Y ello se realiza sobre la base, por un lado, de la concentración del control de todas de todas las funciones administrativas en el Poder del ejecutivo (...).*

Quizás el gran error es establecer una vinculación entre la forma de Gobierno y la creación de estas Agencias, pues si su fundamentación se basa en la forma de gobierno que se adopte por el momento, cuando las políticas y la forma de éste cambien, la legalidad de las entidades dentro del ordenamiento se pondrá en duda; pues cuando entra en crisis el Estado Social también entran en crisis las Agencias Independientes. Es así, como a medida que se han ido liquidando los programas de protección social del Estado del *New Deal* y se han desmontado las políticas fijadas por éste, han ido tomando fuerza las ideas que ponen en cuestionamiento la constitucionalidad de las instituciones encargadas de regular los sectores intervenidos o de gestionar los programas sociales.

Con el fin de conservar estas instituciones, se ha dado paso a una nueva lectura del principio del equilibrio real de los poderes, lo que permite dar una adecuación al modelo constitucional, como lo precisa FERNANDEZ ROJAS<sup>519</sup>:

*La trascendencia de este renovado criterio para apreciar la constitucionalidad del sistema de administraciones por agencias independientes, ha quedado contrastada, no solo por los Tribunales, sino incluso por el Congreso, como aconteció en 1993- a pesar de estar ampliamente dominado por el partido de gobierno- se negó a modificar o suprimir aspectos esenciales de las AAI, como la Federal Reserve System (BGRS), la Federal Communication Commission (FCC) y la Interstate Commerce Commission (ICC), toda vez que, conforme a este criterio retomado de la Constitución de 1787, podría socavar el delicado equilibrio de poderes, y generar una concentración inconstitucional de facultades en torno a la rama ejecutiva del poder público.*

- *Tercera Etapa (Estado actual de las Agencias Administrativas en los Estados Unidos de Norteamérica*<sup>520</sup>).

Las anteriores líneas jurisprudenciales son consagradas en el ámbito normativo que implica un nuevo diseño de este tipo de instituciones y de las relaciones con el Gobierno Federal<sup>521</sup> por

---

*complementario que permite valorar desde una perspectiva diferente su adecuación constitucional, con el cual compartía protagonismo hasta el día de hoy”.*

<sup>518</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de industria y public utilities... Op. cit. Pp. 51, en igual sentido FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administración por Agencias Independientes...Op. cit. Pp. 191-192.

<sup>519</sup> *Ibíd.* Pp. 189.

<sup>520</sup> MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. *La Administración por...* Op. cit. Pp. 211 y específicamente lo referido sobre este aspecto en el punto 3.2. Las Relaciones entre las Agencias Independientes y el Presidente de los Estados Unidos.

medio de las *Executive Order*<sup>522</sup> del año 1981, 1985 y 1993 en la que se pidió que las Agencias no expidieran normas generales de regulación, hasta que el proyecto de dichas normas no fueran aprobadas por el Gobierno, particularmente por la *Office of Management and Budget (OMB)*, la cual realizaría los estudios correspondiente, para determinar la viabilidad de la aplicación de las normas proyectadas y se evitaría que las agencias fueran capturadas por parte de los agentes del mercado. Dicha *Executive Order* 12.291 de 1981 establecía:

- a. *Obligación de remitir a la OMB un análisis de la relación costos-beneficios de las posibles regulaciones a emprender.*
- b. *La OMB queda autorizada a fiscalizar toda la actividad de las Agencias, para examinar su adecuación a lo previsto en el literal a.*
- c. *La OMB puede suspender la entrada en vigor de las normas aprobadas por las Agencias Independientes, hasta tanto no quedara demostrado que la relación costes-beneficios, arrojaría un saldo positivo para éstos.*

En 1985, la *Executive Order* 12.948, de 1985, transformó esta intervención *a posteriori* en una intervención *a priori*, hasta el punto de expresar que las Agencias quedan obligadas a comunicar a la OMB la planificación de sus actividades futuras y se debe obtener la autorización previa de ésta para iniciar cualquier tipo de actuación, a lo que se le denominó el *Regulatory planning process*<sup>523</sup>. “En la actualidad, las Agencias Independientes están sometidas a controles que reducen su ámbito de autonomía, como los que se derivan de su subordinación a la dirección del Presidente de los Estados Unidos de América. Si bien es cierto que éstas conservan la garantía de la no remoción discrecional de sus miembros directivos, también lo es que el Presidente interviene, a través de la OMB, en el proceso de

---

<sup>521</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administración por Agencias Independientes... Op. cit. Pp. 192, 1993. La aplicación de lo consagrado en cada uno de las *Executive Orders*, da una mayor autoridad al Presidente, mediante una actividad coordinación y correcto funcionamiento de la administración federal.

<sup>522</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado. Crisis...* Op. cit. Pp. 67. La finalidad de la *Executive Order* como una forma para limitar la discrecionalidad de las actuaciones de las Comisiones a través de leyes y reglamentos que orienten su actuación. *Primero. Limitar su actual discrecionalidad mediante una serie de normas específicas de fondo (leyes y reglamentos) en que se precisen las líneas y criterios de actuación; se postula igualmente, en este aspecto, sujetar las Comisiones a las directivas (executive orders) que emanan del Presidente, siempre que éstas sean <<de carácter general>>; o al menos a <<regulaciones>> aprobadas por la propia Comisión con carácter general (K.C.DAVIS)”.*

<sup>523</sup> AVEZUELA CÁRCEL, JESUS. “Agencias. El ejemplo... Op. cit. Pp. 14. “El proceso de fiscalización presidencial de las agencias –con precedentes, principalmente, en el mandato de Nixon- se desarrolló, sobre todo, a partir de Reagan dando lugar a una exacerbada crítica que interpretaba estas iniciativas con absoluto recelo, tildándolas de inconstitucionales a la vista de los poderes que la Constitución otorgaba al Presidente. Los republicanos pretendieron que la independencia de las agencias debía matizarse –se insiste, sobre la base de una mejor vigilancia, armonización y coordinación del sistema- y que habían de presentar al Presidente (a través de la OMB) todos sus proyectos de normas reglamentarias, junto con un análisis de “coste-beneficio” y de impacto regulativo, lo que dio lugar a que más de dos mil normas anuales fueran revisadas por la oficina del Presidente, muchas de las cuales fueron objeto de devolución a las agencias para su reconsideración. Además, debían remitir un anual regulatory plans para evitar que se desviasen de sus planes previamente anunciados. Todo ello fue interpretado, desde los inicios, como un trasvase de autoridad ilegítimo de las agencias al Presidente, además de ser criticado también porque el análisis “coste-beneficio” que exigía su puesta en práctica no tenía en cuenta aquellos “beneficios” no cuantificables que llevaban implícitas otra serie de regulaciones de corte más social”.

toma de decisiones de éstas, (...) lo que viene a suponer la destrucción del sistema establecido por el Congreso sin una previa modificación de las leyes federales básicas del mismo”<sup>524</sup>.

En 1993, se expide la *Executive Order* 12.886 de 1993, en la que se indica que las agencias deben presentar ante la *Office of Information and Regulatory Affairs* que hace parte de la *Office of Management and Budget*, de un proyecto sobre los planes reguladores, con el fin de garantizar que estos se adecuan no solo a las políticas presidenciales, sino que existe una adecuada coordinación con la labor reguladora que realizan las demás Agencias.

Por último, en el 2007 se expide otra *Executive Order* 13.422, por la cual se modifica la *Executive Order* 12.866, en el que se reitera la imperiosa necesidad de que el Presidente detente el control sobre las Agencias, precisándose que cada Agencia identificará por escrito el fallo de mercado específico (tales como las externalidades, poder de mercado, la falta de información) o el concreto problema que se pretende abordar (incluyendo, en su caso, las fallas de las instituciones públicas) que requieran nueva acción de la Agencia, así como evaluar la importancia de este problema, que permita considerar si una nueva regulación se justifica, así como la remisión de todos los documentos que fueran necesarios para determinar la viabilidad del cambio regulatorio. Se indica además que toda información será valorada por la *Office of Information and Regulatory Affairs*, la cual adoptara decisión correspondiente y a la que se le ha conferido el poder de una superagencia *en detrimento del poder normativo de los organismos reguladores independientes*<sup>525</sup>. En lo que corresponde al Parlamento se han realizado dos modificaciones o transformaciones importantes al sistema de administración por agencias independientes, que explicaremos en el siguiente cuadro:

DE LAS COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE	SUPRESIÓN DE ALGUNAS AAI TRADICIONALES
Aumento de las competencias de naturaleza cuasilegislativa y cuasijudiciales en cabeza del Presidente, concretamente en las agencias ejecutivas.	La supresión de algunas administraciones independientes y la transferencia de sus funciones a agencias ejecutivas, como sucedió con la Civil Aeronautics Board (CAB), funciones que fueron asumidas por el Department of Transportation desde 1985 y la supresión de la emblemática Interstate Commerce Commission (ICC), funciones que fueron asumidas por parte Surface Transportation Board (STB), perteneciente al Department of Transportation.

**Cuadro 6 - Fuente Fernández Rojas - Creación Propia: Supresión de Agencias y Retorno de Competencias al Ejecutivo.**

Ahora bien, habíamos indicado que es a través de la jurisprudencia cómo se reconoció la constitucionalidad de este tipo de instituciones y de los posteriores inconvenientes dentro de la

<sup>524</sup> ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La regulación de industria y public utilities...Ibíd., Pp. 34.

<sup>525</sup> AVEZUELA CÁRCCEL, JESUS. “Agencias. El ejemplo...Op. cit. Pp. 15.

estructura tradicional. Y como tal evolución implicó una nueva transformación orientada a proteger principalmente las funciones del Presidente de los Estados Unidos respecto de estas Agencias<sup>526</sup>.

Esta nueva línea decisoria incorpora dos elementos fundamentales respecto a la forma cómo los jueces concebían a las Agencias Administrativas Independientes: La primera que responde a la flexibilización de los motivos legales que permitían el Presidente remover a los altos cargos de las Administraciones Independientes, incorporando unas nuevas como son la de discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas por las Agencias, sin dejar de lado las tradicionales como los son la remoción por grave negligencia o la mala fe en cumplimiento de sus deberes, lo que ser interpretadas de diversas formas por parte de los jueces<sup>527</sup>.

En lo que corresponde a la segunda modificación por parte de la jurisprudencia consiste en que deben primar las competencias presidenciales de dirigir, diseñar y ejecutar la política pública, frente a la intervención de las Agencias, dejando de lado la tradición en que las Agencias deberían ser ajenas a cualquier tipo de injerencia proveniente del Gobierno, principalmente por parte del Presidente, línea argumental que se inicia con las sentencias proferidas en los años 1988 y 1990 casos *Morrison v. Olson*<sup>528</sup> y *Sec v. Beilzerian*.

#### **b. Características generales de las Agencias Independientes**

La particularidad del Sistema Norteamericano, a diferencia del sistema Español, es que no existe una disposición normativa en la que se indique el Presidente es la suprema autoridad administrativa dentro la Unión, solo existen referencias someras en el artículo II.1.1, II.2.2 y II.3<sup>529</sup> sobre las atribuciones del Presidente y el régimen jurídico de la Administración; pero

---

<sup>526</sup> BARKOW, RACHEL E., “*More Supreme than Court? The falla of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*.” En VVAA: *Columbia L. R.* vol. 102, n°2, 2002.

<sup>527</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administración por Agencias Independientes...” Op. cit. Pp. 191-192.

<sup>528</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 132.

<sup>529</sup> CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS. El Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos crea el poder ejecutivo del Gobierno estadounidense, el cual está formado por el presidente y otros funcionarios principales.

#### **Artículo Dos**

Se deposita el poder ejecutivo en un Presidente de los Estados Unidos. Desempeñara su encargo durante un término de cuatro años y, juntamente con el Vicepresidente designado para el mismo período, será elegido como sigue:

#### **Segunda Sección**

2. Tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes, y propondrá y, con el consejo y sentimiento del Senado, nombrará a los embajadores, los demás ministros públicos y los cónsules, los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos a cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos por ley. Pero el Congreso podrá atribuir el nombramiento de los funcionarios inferiores que considere convenientes, por medio de una ley, al Presidente solo, a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos.

#### **Tercera Sección**

atendiendo a las recientes transformaciones que se han dado desde la jurisprudencia, el Congreso y el Ejecutivo, se han establecido unas relaciones entre las Agencias y el Gobierno, atendiendo principalmente a que las Agencias Independientes deben adecuar su labor reguladora conforme a la política presidencial<sup>530531</sup>. A pesar de esto, las AAI cuentan con tres rasgos característicos que determinan su independencia, como lo son su personal, su independencia financiera y su funcionamiento.

a) *Personal*

Debemos partir de la premisa que las Agencias Independientes cuentan con personalidad jurídica propia y no forman parte del Poder Ejecutivo, creadas por medio de Ley y en ella se establecen sus funciones competencias, organización y funcionamiento<sup>532</sup>

Los miembros directivos de las Agencias deben contar con un perfil altamente cualificado, con una duración predeterminada de sus mandatos, con un sistema de cese en el cargo donde se especifiquen los supuestos para su remoción y un régimen de incompatibilidades.

La particularidad de las AII es que cuentan con un órgano colegiado y los miembros que lo integran se les denominan *Commissioners*, cuya designación es realizada por el concurso entre

---

Periódicamente deberá proporcionar al Congreso informes sobre el estado de la Unión, recomendando a su consideración las medidas que estime necesarias y oportunas; en ocasiones de carácter extraordinario podrá convocar a ambas Cámaras o a cualquiera de ellas, y en el supuesto de que discrepen en cuanto a la fecha en que deban entrar en receso, podrá suspender sus sesiones, fijándoles para que las reanuden la fecha que considere conveniente; recibirá a los embajadores y otros ministros públicos; cuidará de que las leyes se ejecuten puntualmente y extenderá los despachos de todos los funcionarios de los Estados Unidos.

<sup>530</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administración por Agencias Independientes...Op. cit. Pp. 193.

<sup>531</sup> AVEZUELA CÁRCEL, JESUS. “Agencias. El ejemplo...Op. cit. Pp. 14. Nota 22. “Partiendo de una interpretación gramatical del artículo II de la Constitución que se refiere al Presidente como aquél al que le corresponde el poder ejecutivo, defensores de las tesis del “ejecutivo unitario” han cuestionado reiteradamente la constitucionalidad de las agencias en cuanto que son concebidas como poder delegado del Congreso. Cuando el Congreso aprueba una ley habilitando a la agencia a desarrollarla reglamentariamente –consideran estas tesis- supone que a unos “non-elected officials” se les atribuye poder para, incluso, crear derechos y obligaciones a los ciudadanos (Swire). Algunos autores como Schoenbrod o Lowi también han visto a las agencias como la principal amenaza del principio de separación de poderes en la medida que asumen poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. Frente a estas tesis, otros han defendido, a capa y espada, la constitucionalidad de las agencias, en “complejas sociedades industrializadas” (Landis) con fundamento en el artículo I de la Constitución (en concreto, Sección 8, cláusula 18) que atribuye al Congreso el poder para elaborar todas las leyes que considere necesarias y oportunas para desempeñar debidamente los poderes conferidos por la Constitución. Desde esta perspectiva se considera a las agencias un brazo ejecutor del Congreso con el fin de evitar tanto que la Presidencia asuma excesivos poderes como revivir los miedos de las monarquías autoritarias europeas”.

<sup>532</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 115. “La ley de creación es la que determina la función y las competencias que va a tener la agencia. El grado de detalle y concreción de las disposiciones legislativas varía mucho de un caso a otro. En ocasiones se trata de mandatos genéricos o abiertos, con lo que la agencia se desenvuelve prácticamente sin parámetro legislativo, y en otros casos la ley es más precisa. Debemos señalar que las agencias se han ido creando para regular sectores económicos determinado, de modo que cada agencia tiene asignado un ámbito diferente y tiene la competencia exclusiva para su regulación. Por otro lado, y como recogen expresamente las leyes de creación de las Independent agencies, en el ejercicio de sus funciones, estas agencias no pueden recibir directrices, órdenes o instrucciones del Presidente”.



el Presidente y el Senado de los Estados Unidos. De acuerdo al sistema previsto para el nombramiento de altos cargos de la Administración Federal (se requiere el concurso de ambos para la designación, ya que ha sido reconocido jurisprudencialmente que el Senado no puede designar por sí sólo a los Comisionados o altos directivos de este tipo de Agencias).

Es al Presidente a quien corresponde proponer los candidatos para ser parte del máximo órgano de las agencias y someterlos a la consideración del Senado, quien será el encargado de confirmar o rechazar dichos nombramientos. Una vez designados, en principio el Presidente no podrá cesarlos en su cargo, salvo que se configuren los supuestos previstos legalmente para el ejercicio de tal atribución. Debe tenerse presente, que los demás cargos directivos de estas Agencias y el Director de la misma respecto a los *Commissioners*, son de libre remoción por el Presidente, y dicha diferencia debe mantenerse porque el Presidente tiene la facultad de nombrar y remover o destituir con absoluta libertad a este tipo de personal, incluyendo al Director de la Agencia Independiente, cuyo nombramiento corresponde a una designación de carácter político y ostenta el voto de calidad en la toma de decisiones de la Agencia.

Ahora bien, en lo que respecta al mandato del órgano colegiado, existe un período preestablecido que debe ser respetado, superando en su mayoría de veces el período presidencial. El sistema de renovación de sus miembros se hace de manera escalonada, con el fin de garantizar la continuidad de las funciones al frente de las agencias y la pluralidad de agentes y de posturas políticas en sus integrantes.

En lo que corresponde a las justas causas de remoción, se entiende por regla general que unas vez que cumplan el mandato para el cual fueron designados, estos se retiran, pero en determinados supuestos es factible que estos *Commissioners*, puedan ser removidos de su cargo, siendo la característica más sobresaliente e importante de este tipo de Agencias. De ahí que varios pronunciamientos reconocieran la trascendencia de este elemento, como sucedió en la celebré sentencia *Humphrey's Executor v. United States*. Pero atendiendo a la nueva línea jurisprudencial, de flexibilizar los motivos de remoción, cabe indicar que en los supuestos de grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas por parte de los miembros de las agencias puede producirse la remoción de los mismos.

En cuanto a las incompatibilidades, las leyes de creación de este tipo de Agencias, prevén un amplio catálogo, que viene a ser complementado con otras disposiciones de carácter especial donde se fijan las relaciones entre el Gobierno y este tipo de Agencias<sup>533</sup>. A pesar de todo ello, se reclaman mayores controles respecto a las calidades de los miembros, con el fin de evitar la captura de las Agencias<sup>534</sup> por parte de los regulados, lo cual afecta en su independencia y neutralidad para la toma de decisiones para el sector regulado. Vale la pena precisar que uno de los aspectos es la restricción legal que *limita la presencia de Commissioners afiliados a un*

---

<sup>533</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administración por Agencias Independientes...Op. cit. Pp. 195.

<sup>534</sup> AVEZUELA CÁRCCEL, JESUS. “Agencias. El ejemplo...Op. cit. Pp. 14.

*mismo partido político, entre los altos directivos de las agencias*<sup>535</sup>, como un aspecto que permite garantizar la independencia.

*b) Financiero*

Tradicionalmente y dentro de las características más representativas de las AAI es que cuentan con un sistema propio de financiación y una autonomía financiera, proveniente de contar con un patrimonio propio, una serie de tasas sufragadas por parte de los operadores o agentes regulados para su financiación y un presupuesto que es aprobado por parte del Congreso. Éste aspecto fundamental sufre una gran injerencia por parte del Gobierno para su aprobación por parte Congreso, ya que es el Gobierno el encargado de elaborar, presentar y defender dicho Proyecto ante el Congreso.

El presupuesto general, es elaborado principalmente por la *Office of Management and Budget*<sup>536</sup>, oficina que dentro de las funciones que le han sido conferidas es encargada de verificar la adecuación de los planes reguladores a las políticas generales del Presidente y la coordinación de dichos planes con las demás actividades a realizar por parte de las demás Agencias, sumada a la de recibir los planes de Presupuesto de cada una de las Agencias Independientes, para su estudio y aprobación; cuenta con la facultad de modificar y suprimir las partidas que no considere necesarias con el fin de adecuarlos a las políticas presidenciales<sup>537</sup>. Pero, ¿que implica dicha revisión?, que muchas de las proyectos regulatorios se ven frustrados, y denota el control por parte del Gobierno federal en sus futuras actuaciones. Ahora bien, si bien esta no es una regla novedosa, alguna de estas Agencias son ajenas a este tipo de controles por parte del Gobierno (es necesario indicar que si bien este no los presenta tiene conocimiento de ellos y puede cuestionar la totalidad del proyectos presupuestarios presentados por parte de todas y cada una de las AAI) y pueden presentar directamente su presupuesto y defenderlo ante las instancias del Congreso, lo que implica que sus planes regulatorios pueden coincidir o no con la política general planteada por parte del Presidente, tal como sucede con la *Board of Governors of the Federal Reserve System (BGFRS)*, la *Commodities Trading Futures Commission (CFTC)*, *Federal Energy Regulatory Commission (FERC)* y la *Federal Communications Commission (FCC)*.

---

<sup>535</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “*Las Administración por Agencias Independientes...*Op. cit. Pp. 197.

<sup>536</sup> Executive Order 12.291 de 1981.

<sup>537</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “*Las Administración por Agencias Independientes...*Pp.201 y ss. Quien precisa en su escrita que los controles más estrictos sobre los proyectos presupuestarios son los que se ejercer respecto a la *Security and Exchange Commission (SEC)* y la *Federal Trade Commission (FTC)*, ni tampoco corresponde a un fenómeno reciente, sino que desde la década de los ochenta dichas reducciones se han realizado convirtiéndose en un elemento fundamental de las relaciones entre el gobierno federal y este tipo de agencias. Sobre el particular el autor precisa “*Hasta el año 2002 las AAI han experimentado una importante disminución presupuestaria, lo cual se ha interpretado como una forma de llamar al orden a las menos afines a las políticas presidenciales. Sin embargo no es un fenómeno novedoso, y casos como el cese de actividades en 1980 de la federal Trade Commission (FTC) por falta de presupuesto, o las plazas vacante en la Consumer Product Safety Commission (CPS) desde 1987, por falta de recursos, ilustran la relevancia del elemento financiero como una variable fundamental en las relaciones entre ellas y el Gobierno federal*”, en igual sentido SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA... Op. cit. Pp. 117 y ss.

También se destaca como sistema de financiación por parte de los operadores o la financiación privada a través del sistema de contraprestaciones fijadas por la Ley. Dentro de los ejemplos más característicos de este régimen de financiación es el del *Board of Governors of the Federal Reserve System (BGFRS)*<sup>538</sup>.

### c) *Funcionamiento*

El régimen de funcionamiento de las AAI, está condicionado por las relaciones que se establecen entre estas y el Gobierno Federal, las cuales comprenden cuatro aspectos fundamentales a) Supervisión y facultades revocatorias, b) Las instrucciones presidenciales y su eficacia, c) Iniciativa legislativa y d) Representación judicial, que inciden en el normal desarrollo de las actividades en cabeza de las AAI:

#### - *Supervisión y facultades revocatorias*

Al Presidente le ha sido asignado un amplio poder supervisor, el cual se constituye en un poder que puede ejercer en las relaciones con las agencias independientes. Dicho poder le fue otorgado con el fin de que se pueda garantizar la legalidad de las actuaciones que realicen las agencias independientes en aspectos relevantes, contando con agencias ejecutivas para tal objetivo como: *Office of Management and Budget (OMB)*, *General Services Administration (GSA)* y la *Office of Personnel Management (GSA)*<sup>539</sup>.

Como indicábamos en la parte introductoria de este capítulo, las decisiones que se adopten por parte de las Agencias Independientes no son susceptibles de ser suspendidas por parte de otra Agencia, sino que son recurribles por vía judicial. En caso de las AII, el Presidente no cuenta con ningún tipo de poder que le faculte suspender las disposiciones que sean expedidas por parte de las agencias, ni tampoco el Congreso, aspecto que viene a definir y configurar su autonomía y el elemento diferenciador respecto a las agencias ejecutivas.

#### - *Las instrucciones presidenciales y su eficacia*

Otro aspecto que viene concretar la independencia y autonomía de las Agencias Independientes, está referida a las disposiciones expedidas por parte del gobierno, denominadas *Executive Orders*. Inicialmente, dichas disposiciones y su reconocimiento por parte de las Agencias no tenía importancia, principalmente porque el desconocimiento de las mismas o no inclusión de determinados aspectos no afectaba la validez de las mismas, pero conforme a las

---

<sup>538</sup> El sistema de financiación proviene de las tasas que son pagadas por parte de los miembros del sistema federal. Su principal particularidad es que cuenta con un sistema extraordinario respecto de las demás agencias, así como un grado mayor de independencia respecto al gobierno.

<sup>539</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. *“Las Administración por Agencias Independientes...”* Op. cit. Pp. 199. Los ámbitos que supervisan principalmente los de la ejecución presupuestaria, el uso de las dependencias y los bienes públicos, las políticas laborales que son ejecutadas por parte de las agencias. *“La importancia de esta variable, que disminuye la influencia presidencial sobre las agencias y contribuye a configurar su autonomía, se verifica no sólo frente al gobierno, sino también se evidencia-dicho sea de paso- mediante la imposibilidad que tiene el Congreso de revocar las decisiones particulares proferidas por ellas, como quedó de manifiesto desde el fallo emitido por la Suprema Corte, con ocasión del caso Immigration and Naturalization Service (INS) v. Chadha de 1983”*.

transformaciones respecto a los poderes del Gobierno, especialmente la posibilidad de remover a los Directivos de las Agencias, de que el desconocimiento de las mismas se constituye en un motivo que justifica la remoción de los Directivos por ser considerado como una grave y reiterada discrepancia con las políticas del Gobierno y las de las Agencias, principalmente en lo que corresponde al diseño de la política pública, atendiendo a la relevancia que esta última ha adquirido recientemente y la importancia de la *Office of Management and Budget*, como entidad encargada de verificar el cumplimiento de las políticas presidenciales y de las posibles capturas del regulador por parte de los regulados<sup>540</sup>.

- *Iniciativa legislativa*

Dentro de las atribuciones otorgadas al Presidente encontramos que puede tanto conocer como modificar los proyectos que son presentados por parte de las agencias, antes de que se inicie su trámite parlamentario<sup>541</sup>; la finalidad de este poder, como lo había indicado en el epígrafe correspondiente a las transformaciones de estas Agencias, es que existe una coordinación con la política gubernamental y las actuaciones regulatorias de las demás Agencias<sup>542</sup>; pero como en toda regla hay excepciones a la misma y se encuentran contenidas en el *United States Code*, en el que se le permite a cierto tipo de agencia la posibilidad de presentar directamente iniciativas ante el Congreso, sin que el Presidente pueda conocerlas y modificarles previamente antes de su radicación. Dicha facultad está reconocida a determinadas Agencias en particular debido a su importancia y los asuntos que son de su conocimiento como los que maneja el *Board of Governors of the Federal System (BGFRS)*, la *Security and Exchange Commission (SEC)* y *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)*.

- *Representación judicial*

Inicialmente, estas instituciones desde sus leyes de creación tienen el poder autónomo para defender y comparecer por sí solos ante los tribunales. Conforme a la evolución de los tiempos, dicha representación conforme a los criterios establecidos por parte de la administración federal, es ejercida por la *Attorney General*, pero al igual que la iniciativa legislativa cuenta con excepciones en la que se le permite a ciertas Agencias ejercer su representación por sí mismas

---

<sup>540</sup> AVEZUELA CÁRCCEL, JESUS. “Agencias. El ejemplo...Op. cit. Pp. 18-19

<sup>541</sup> Ibíd. Pp. 13- 14. “La creciente supervisión y control del Presidente de los Estados Unidos sobre las agencias (sobre todo en el ámbito de la potestad normativa) se ha calificado como uno de los avances más revolucionarios en la Administración norteamericana de las dos últimas décadas (Roy Schotland y Steven Croley). Sin embargo, su valoración sobre los resultados y consecuencias de tal intervención no es pacífica.

Así, mientras que unos consideran esta supervisión presidencial como el rasgo institucional más importante del *regulatory state* norteamericano en cuanto tiene como pretensión principal la de “armonizar” la actividad administrativa y, sobre todo, “corregir” los excesos normativos de las agencias sobre la base de la idea reaganiana de que las agencias regulan más de lo que debieran (Nicholas Bagley y Richard L. Revesz), por el contrario otros, destacan como la figura del Presidente en Estados Unidos ha ido concentrando un mayor protagonismo en el campo regulatorio hasta el punto de afirmar que la evolución de los poderes presidenciales está cristalizando en una “usurpación del poder legislativo” (i.e., William J. Olson), cuyos efectos positivos han sido prácticamente nulos –prosiguen estos autores- como se ha podido comprobar con la caída del sistema financiero y el fracaso de la supervisión de las agencias reguladoras”.

<sup>542</sup> Executive Order 12.886 de 1993.

ante los Tribunales, atendiendo siempre a unos supuestos de índole material y procesal señalados en la Ley. Las Agencias que cuentan esta prerrogativa son: *Nuclear Regulatory Commission (NCR)*, la *Security and Exchange Commission (SEC)* y la *Federal Communications Commission (FCC)*<sup>543</sup>.

En síntesis el modelo actual de las Agencias reguladoras en Estados Unidos puede simplificarse, en cuatro aspectos fundamentales como los precisa BETANCOR RODRIGUEZ, citando a PETER STRAUSS<sup>544</sup>, que podemos agrupar en el siguiente cuadro explicativo:

PRINCIPIOS DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN LOS ESTADOS UNIDOS			
FUNCIONES DESEMPEÑADAS	RELACIÓN CON EL PRESIDENTE	CONTROL DEL PARLAMENTO Y DE LOS JUECES	CONTROL DEL PRESIDENTE Y DEL PARLAMENTO
Desempeñan tres clases de funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. Su finalidad es que intervengan en sectores claves de la economía, de allí que su engranaje dentro de la división de poderes.	Las agencias son creadas para dar solución a problemáticas concretas en los diferentes sectores, de allí que los planes de actuación estén dirigidos a dar solución a este tipo de problemáticas, que pueden ir en ocasiones en contra de las políticas del Presidente, pero atendiendo a los últimos controles, y la tendencia jurisprudencial, el desconocimiento de la política puede generar la remoción de los comisionados por dicha contradicción respecto a las políticas del Presidente.	Todas las agencias, se encuentran supervisadas por parte del Parlamento <sup>545</sup> y por parte de los Jueces sobre los actos expedidos por parte de las agencias, con el fin de que exista un ejercicio excesivo de las atribuciones dadas a este tipo de agencias.	El control se realiza desde dos perspectivas. El control por parte del Parlamento a través de la remisión de informes sobre la gestión de las agencias y la posibilidad que el Presidente rinda cuentas sobre las actividades desarrolladas y por parte del Presidente a través de las agencias creadas para verificar si los planes se ajustan a las políticas y su presupuesto <sup>546</sup> .

**Cuadro 7 - Fuente Betancor Rodríguez - Creación Propia: Principios de la Agencias Reguladoras en los Estados Unidos.**

<sup>543</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. *“Las Administración por Agencias Independientes...”* Op. cit. Pp. 200.

<sup>544</sup> STRAUSS, PETER. *“The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”*. En *VVAA: Columbia Law Review*. Vol. 84, abril 1984, n° 3. Pp. 573-669, citado por BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *Las Administraciones...* Op. cit. Pp. 34.

<sup>545</sup> LENIS MEJIA, ANA LUCIA. *“Las Agencias...”* Op. cit. Pp. 154.

<sup>546</sup> *Ibíd.* Pp. 154.

#### 2.1.4.2. Reino Unido

##### a. Origen y evolución de los Quangos

La creación de este tipo de entidades no es reciente, pues la existencia de organizaciones públicas con un alto grado de independencia ha sido una constante dentro del sistema administrativo inglés<sup>547</sup>. La creación de este tipo de entidades debe ser analizada desde dos puntos de vista respecto a su creación:

1. Que corresponde a que este tipo de entidades se crean como producto de una estrategia del Parlamento y de la Corona para limitar el ámbito de actuación del otro poder o del gobierno<sup>548</sup>.
2. La proveniente como lo anunciábamos en la parte introductoria, como producto de la imperiosa necesidad de satisfacer a las necesidades de la colectivas, atendiendo a las nuevas actividades, las cuales no fueron asumidas por ninguna dependencia ministerial, sino que se acudió a la fórmula de crear una serie de entidades dotadas con unos rasgos muy peculiares, entre ellos el reconocimiento de personalidad jurídica, encargadas de una actividad, fuera esta de regulación, control o ejecución y con una independencia derivada de la actividad que desarrollase, independencia que podría ser orgánica o funcional.<sup>549</sup> En cuanto a su integración algunos de sus integrantes serían designados por parte de los Ministros y otros serían designados por parte de los ciudadanos y otros organismos. Estas nuevas entidades recibieron el nombre de *Quangos*.

El origen de estas instituciones<sup>550</sup> se remonta al fenómeno vivido en Inglaterra durante el siglo XVIII, en el que se crea por parte del Parlamento una serie de entidades locales de

---

<sup>547</sup> MACLEAVY, JULIE. “*The Quango Debat*”. RESEARCH PAPER 05/30. 11 APRIL 2005. Oonagh Gay Parliament and Constitution Centre. Disponible en: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2005/rp05-030.pdf>. [en línea]. (Consultado 05/04/2013). Donde se precisa que desde hace algunos siglos, en el Reino Unido siempre se ha permitido a los Ministros del Gobierno la delegación de funciones a través del uso de este tipo de prerrogativas. Se destacan la creación de algunas entidades en el siglo XVI, cuando las nuevas funciones y responsabilidades del Estado eran comúnmente desempeñadas por parte de consejos nombrados (por ejemplo, miembros de la Comisión de la quiebra, fundada en 1570, Banco de Inglaterra, 1694; Museo Británico, 1753).

<sup>548</sup> SALVADOR MARTINEZ, MARIA. Op. cit. Pp. 43.

<sup>549</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la Administración en Gran Bretaña*. Civitas. Madrid. 1996.

<sup>550</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARIA. Op. cit. Pp. 42. “*Los quangos británicos no son fenómeno reciente, sino una de las formas más tradicionales de organización de los poderes públicos en el Reino Unido. En aquel país, la existencia de organismos públicos con un alto grado de autonomía (<<independencia>>) es una constante histórica. A lo largo de la historia jurídico-constitucional británica, la creación de este tipo de organismos ha sido una estrategia utilizada tanto por el Parlamento como por la Corona para limitar el ámbito de actuación del otro poder, o el del Gobierno. Hasta la Guerra Civil (1642-1649), fue la Corona que creó una complicada red de órganos locales, tribunales y otros órganos especiales que formalmente actuaban con autonomía, pero que, de facto, estaban controlados por el Monarca. A partir de entonces, sin*

administración, a las que se le atribuyó la responsabilidad de prestar determinados servicios, con la finalidad de hacer frente a algunas problemáticas sociales que surgieron con la Revolución Industrial. Se caracterizaban por gozar de un alto grado de autonomía respecto del Parlamento y en parte del Gobierno, pues el principio de jerarquía no les era aplicable, pero sin embargo, estaban controlados por el poder de los Tribunales. Estos organismos tuvieron una gran acogida dentro del sistema, por tal motivo su competencia restringida al ámbito local es superada, constituyéndose en organismos de carácter nacional, con lo que surge lo que se ha denominado el *board system*<sup>551</sup>.

Tanto el Parlamento como la Corona recurrían a este tipo de organismos autónomos con finalidades tanto políticas como de organización institucional, preferían a este tipo de entidades sobre las cuales podían ejercer un control *de facto*, antes que otorgar más poder a las demás ramas del poder público. La justificación para su creación eran fundamentalmente porque este tipo de organismos las ejercían de una forma continua y estable, lo cual se constituye en la principal ventaja y elemento diferenciador respecto de otras entidades, gracias a la autonomía de la que eran dotados, la poca incidencia de los cambios y transformaciones políticas y al estar, ajenos a los cambios políticos afectaban menos su actuación y además presentaban una mayor eficiencia en la actividad que realizaban, pues al ser autónomos y estar dedicados a una única función en particular, podían adaptarse más a las necesidades del sector en concreto<sup>552</sup>.

En año de 1832, se aprueba la *Reform Act*, por medio de la cual transformó el Sistema Administrativo Inglés anteriormente descrito, aduciendo el principio de supremacía del Parlamento, para lo cual se estableció el sistema de responsabilidad por parte de los órganos del Gobierno frente al Parlamento<sup>553</sup>; adicionalmente para justificar la injerencia del Parlamento y de todos los sistemas de controles, que el *Board System* no era un sistema capaz de asegurar la satisfacción de todas las necesidades que el momento deberían ser garantizadas. La reforma concluyó con la incorporación de los *Board System*al modelo ministerial que imperaba en la Europa Continental, de Ministerios de carácter centralizado y con una fuerte estructura jerarquizada sujetos al control del gobierno. Asimismo, la reforma redujo el número de *boards* y a los pocos que subsistieron se les restó considerablemente su autonomía<sup>554</sup>.

No obstante, tan sólo a inicios del siglo XX<sup>555</sup>, con el advenimiento de las reformas sociales del gobierno liberal, se retorna a la creación de nuevos *boards*, por diversas causas, como lo fue el

---

*embargo, fue el Parlamento el que dirigió la creación de numerosos organismos a nivel local que disfrutaban de un alto grado de autonomía para el desempeño de sus funciones”.*

<sup>551</sup> Ibídem. Pp. 43.

<sup>552</sup> Ibíd. Pp. 44.

<sup>553</sup> Ibídem. Pp. 44. “El Parlamento, que en ese momento se había convertido en la más alta institución del Estado, quería controlar toda la actividad del Ejecutivo y los boards escapaban de su control. Por ello, decidió suprimir progresivamente a los organismos de este tipo y establecer una Administración centralizada donde cada departamento ministerial fuera controlado por un ministro que respondiera de toda la actividad del ministerio”.

<sup>554</sup> Ibíd. Pp. 44.

<sup>555</sup> HOLLAND y FALLON. *The Quango Explosion: public bodies and ministerial patronage*. Conservative Political center, 1978. “Some appeared a hundred years ago to perform functions for which there was no provision in the very limited number of executive departments of Government. With the expansion of

aumento en el número de servicios sociales que deberían ser garantizados de acuerdo *Welfare State (Estado de Bienestar)*<sup>556</sup> y de analizar las estructuras ministeriales, las cuales eran rígidas y poco eficaces para la prestación de los servicios que demandaba la colectividad. Las nuevas entidades que se crean, cuenta con una serie de características tales como la de contar con personalidad jurídica propia, encargadas de funciones particularmente las de control, regulación y ejecución y con independencia desde un punto orgánico y funcional<sup>557</sup>, agrupándolos bajo la denominación de *quangos*<sup>558</sup>, creándose en función de los interés y necesidades a satisfacer<sup>559</sup>

El número de *boards* aumentó considerablemente cuando, en 1968 el Comité Fulton quien elaboró y presentó el *Report of the Fulton Comitee*, en el que expresa de manera contundente que se hacía necesario mejorar la eficiencia de los departamentos ministeriales y establecer con claridad qué actividades necesariamente debían ser realizadas por los departamentos ministeriales y cuales se desarrollarían por fuera de estos. Como resultado de este informe se crean nuevos organismos como producto de la nueva distribución competencial de las funciones de los ministerios<sup>560</sup>.

---

*Government in the early part of the twentieth century, however, most of them disappeared as their responsibilities were taken over by departments directly under the control of Ministers. Indeed, by the end of the First World War there were few, if any, Quangos still in existence.*

<sup>556</sup> BRIGGS, ASA. "The Welfare State in Historical Perspective". En VVAA: *European Journal of Sociology*, II. 1961 citado por ALVAREZ-MIRANDA NAVARRO, BERTA. *El Estado de Bienestar: Del consejo Postbélico al debate sobre su crisis y reforma*. Documento de trabajo 9505. Diciembre de 1994. Disponible en: <ftp://www.funep.es/pie/dt9505.pdf> [en línea]. (Consultado 27/03/2013).

Los elementos identificados por Asa Briggs, respecto al Estado de Bienestar fueron:

- a) una garantía de estándares mínimos, incluyendo un ingreso mínimo;
- b) protección social en caso de inseguridad,
- c) y la prestación de servicios al mejor nivel posible.

<sup>557</sup> FUENTETAJA PASTOR, JAVIER y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 135 y ss. Si bien la denominación de *quangos* es la que tradicionalmente ha aceptado la doctrina, la denominaciones que reciben este tipo de entidades son de diverso tipo destacando se las dé office, Commission, board (siendo una de las más utilizadas), center, entre otras, y que usualmente responden al nombre que el Ministerio les quiera asignar.

<sup>558</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen I. Normas de conducta en las instituciones públicas...* Pp. 77. En dicho informe se precisa que no existe una definición uniforme respecto a este tipo de entidades. Tradicionalmente el Gobierno los ha denominado como "*Organismos Públicos No Ministeriales*" (NDPB) atendiendo a la definición dada en el Reporte del año 1980, y dentro de esa gran conjunto de entidades, suele destacarse tres principales grupos:

1. Organismos de carácter ejecutivo: a las que se le asignan las funciones tanto de regulación y de carácter operativo, así como de actividades culturales, científicas y algunas actividades que sean consideradas de carácter comercial o semicomercial.
2. Organismos asesores: Como su nombre lo indica, su principal funcional es la de asesorar sobre temas específicos y conformado por expertos en diferentes áreas.
3. Tribunales: Encargados de funciones de carácter judicial o cuasijudicial.

<sup>559</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 137.

<sup>560</sup> MAER, LUCINDA. *Quango. Standard...* Op. cit. 8 y ss. Quien destaca la importancia del mencionado informe, donde se precisaba el fenómeno al que había recurrido el Gobierno de transferir cierto tipo de funciones a entidades públicas, las cuales no contaban con un régimen definido de responsabilidad como de corresponsabilidad, lo cual ameritaba que realizara una revisión del sistema. Como indica la autora, dicho informe preciso:



No obstante, desde el 1978, han sido recurrentes los estudios donde se cuestiona el excesivo número de *boards*, precisándose que contaban con un alto nivel de autonomía que hacía imposible controlar por alguna media su actividad. Por ello el Gobierno conservador de Margaret Thatcher encomendará la realización de diversos informes con el fin de determinar cuáles de estas entidades deberían ser suprimidas<sup>561</sup>. En este mismo año como precisa SALVADOR MARTÍNEZ, aludiendo al informe elaborado por Sir Leo Plaitsky en su “*Informe sobre organismos no departamentales*” que acuñó este término en la literatura especializada sobre Autoridades Independientes, sobre el particular indica: “*se utilizó por primera vez el nombre de quangos (siglas de quasiautonomous non governmental organisations, literalmente, organizaciones no gubernamentales cuasi autónomas) para hacer referencia a ese grupo de boards con el nivel más alto de autonomía*”<sup>562</sup>.

Vale la pena mencionar las reformas realizadas en la década de los 90 respecto de los *quangos*<sup>563</sup>, siguiendo las recomendaciones dadas en cuanto al régimen de nombramiento, la gestión y responsabilidad de los consejeros, y de la incidencia que tuvo el Informe Nolan<sup>564</sup>, respecto aspectos tales como la transparencias y los criterios mínimos de conducta de las entidades públicas en la que se incluyó los *quasi autónomos non governmental*, al cual haremos referencia posteriormente. Este informe a tener bastante injerencia en los gobiernos de los Primeros Ministros John Major y Tony Blair, los cuales introdujeron medidas tendentes a que las recomendaciones prevista en el Informe Nolan fueran adoptadas en la Administración Británica, para lo cual se adoptó el Código de Prácticas para los cargos públicos y las funciones

---

*...we see no reason to believe that the dividing line between activities for which Ministers are directly responsible, and those for which they are not, is necessarily drawn in the right place today. The creation of further autonomous bodies, and of the drawing of the line between them and central government, would raise parliamentary and constitutional issues, especially if they affected the answerability for sensitive matters such as social and educational services... We think, however, that the possibility of considerable hiving-off should be examined, and we therefore recommend an early and thorough review of the whole question.*

<sup>561</sup> De esta primera etapa, vale la pena destacar el informe denominado *Report on Non-Departmental Bodies*, donde se realizó una clasificación de los *quangos*, en razón de las funciones encomendadas, naturaleza y la problemática derivada por su existencia y la creación de la *Rayner Unit o Efficiency Unit*, a la cual le fue encomendado revisar todo la administración y la prestación de los servicios por parte de las entidades. Esta comisión elaboró un informe titulado *Next Steps Report On Ibbs Report*, en que se precisa que debe existir una separación entre la toma de decisiones políticas y la ejecución de las mismas y delimitar y limitar la responsabilidad de los ministros circunscribiéndola a los resultados por parte de todas las dependencias vinculadas o adscritas al Ministerio y no haciéndolo responsable del curso normal de las actividades que desempeñaba diariamente.

<sup>562</sup> HOLLAND y FALLON. *The Quango Explosion...* Op. cit. Pp. 1.

<sup>563</sup> LEO PLIATZKY. “*Quangos and ...*” Op. cit. Pp. 556 “*The special feature common to these bodies is that they are non-Departmental and, so far from their being altogether non-Governmental, one of the reasons given for concern about them is that they may represent not only a spread of patronage but a concealed growth of government which does not show up in the size of the civil service. Moreover the description quasi-autonomous is not generally apposite and would be particularly misleading in relation to tribunals if it were to imply that they had less than full judicial independence.*”

<sup>564</sup> MARTIN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO. *Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia*. Aranzadi. Editorial. Elcano (Navarra). 2000. Virtudes públicas: Se honesto (Reflexiones de urgencia sobre el informe Nolan). Pp. 71-92.

en cabeza del Comisario de Nombramientos Públicos encargado de verificar los nombramientos de los integrantes de los *quangos*.

A pesar de las medidas adoptadas, el crecimiento y coste de los *quangos* en el Reino Unido requería de una reforma profunda, donde se simplificara la administración y analizara si era necesario recurrir a la creación de nuevos entes naturaleza independiente para el desempeño de diversas funciones<sup>565</sup>.

El año 2010, se anunciaron nuevas reformas, como producto del estudio realizado a los diferentes organismos públicos, donde se concluyó que las administración británica contaba con un sin número de entidades, las cuales podrían ser fusionadas en otros cuerpos, otros podrían ser sometidas a una reforma sustancial al tiempo que pudieran mantener su estado actual y otras podrían estar sujetas a revisión permanente. Es este mismo año se presentó *The Public Bodies Bill* [HL] 2010-11 ante la Cámara de los Lores, como el principal instrumento legislativo para introducir cambios en los organismos públicos que figuran en la revisión. Este proyecto de Ley permite a los Ministros, como principal atribución poder suprimir, fusionar y transferir funciones desde y hacia determinados organismos públicos enumerados en los anexos del proyecto<sup>566567</sup>, lo que permitirá tener una mayor eficiencia, eficacia y economía en el ejercicio de las funciones públicas, y garantizar la rendición de cuentas correspondiente a los ministros en el ejercicio de dichas funciones, así como la unificación de entidades que cumplan la misma función reguladora, implicando una reducción de costes<sup>568</sup> y un sistema de rendición

---

<sup>565</sup> MAER, LUCINDA. *Quango. Standard...* Op. cit. Pp. 9 y ss, donde se puede observar de manera detallada el incremento de este tipo de entidades y su coste, precisándose que gran parte del presupuesto de estas entidades proviene directamente del Gobierno.

<sup>566</sup> *Ibidem*. Pp.1 y ss. Dicha propuesta tiene como antecedente, el discurso pronunciado en septiembre de 2009 por el Primer Ministro inglés, en el que se comprometió a realizar una revisión de todos los *quangos*, precisando que para que un *quango* exista en el ordenamiento jurídico debe estar justificada y pasar uno de las tres pruebas para su permanencia o supresión:

- ¿Se comprometen una operación técnica precisa?
- ¿Es necesario para decidir con imparcialidad que hacer sobre la distribución del dinero de los contribuyentes?
- ¿Las materias sometidas a su análisis, requieren de procedimientos transparentes e independientes de la injerencia política?

<sup>567</sup> Los anexos, enumeran de forma detallada la forma en que se habilita al Ministro del ramo a suprimir las entidades que una vez realizada la prueba, no justifican su existencia:

- Organismos que el Ministro tendrá el poder de abolir se enumeran en el Anexo 1
- Cuerpos sometidos al poder de fusionar se enumeran en el Anexo 2
- Organismos sujetos a la facultad de modificar las disposiciones constitucionales (es decir, cambiar la estructura o la gobernanza de estos órganos) se enumeran en el Anexo 3
- Organismos sujetos a la potestad de modificar los acuerdos de financiación (por ejemplo, permitiendo que los organismos públicos cobra) se enumeran en el Anexo 4
- Organismos sujetos a la facultad de modificar o transferir funciones se enumeran en el Anexo 5
- Cuerpos donde un ministro que tienen el poder de adoptar disposiciones de orden que le autorice a delegar todas o algunas de sus funciones a una persona elegible se enumeran en el Anexo 6
- Anexo 7 se especifican los organismos y oficinas que están sujetos a la potestad de añadir a las otras listas.

<sup>568</sup> MAER, LUCINDA. *Quango. Standard...* Op. cit. 7. “The Bill stipulates the objectives to which the Minister must have regarded when making Orders to merge, abolish, transfer functions or modify constitutional arrangements of public bodies. The Explanatory Notes to the Bill list these as:

de cuentas, a pesar de que este último mecanismo no sea el más útil para la reforma, ya que se considera que el problema se circunscribe al sistema de responsabilidad ante el Parlamento y el Gobierno y designación de sus integrantes, especialmente el papel del Comisionado<sup>569</sup> creado para los nombramientos, el fortalecimiento de su papel y la discrecionalidad que puede tener el Ministro en el proceso de selección.

La proliferación de entidades y la no estructuración sistemática de los mismos, ha hecho que el control que deberían tener los diferentes poderes sobre estas entidades sea muy complejo, pues el estatuto legal de estos y sus funciones son tan confusos que generan un control judicial sin coherencia, de esta forma, un procedimiento judicial que es válido para unos *quangos* para otros no lo es<sup>570</sup>. Sin embargo, este tipo de entidades a pesar de su proliferación, cuentan con una serie de elementos más o menos homogéneos:

- a) Su no-pertenencia a ningún departamento ministerial,
- b) La autonomía, proveniente de los conocimientos de sus integrantes, o “autonomía de los especialistas”<sup>571</sup>
- c) Sus funciones se aplican en sectores específicos, lo que lo convierte en las máximas autoridades en estos sectores.

---

*...achieving increased efficiency, effectiveness and economy in the exercise of public functions; and securing appropriate accountability to Ministers in the exercise of such functions. The Minister may for example, therefore, make an order to merge two regulatory bodies having regard to increasing their efficiency through eliminating a duplication of their functions.*

*There are also provisions in the Bill relating to environmental bodies in Wales and powers in relation to the functions of the Forestry Commissioners.”*

<sup>569</sup> Producto del Informe Nolan, se crea el Comisario de Nombramientos Públicos, y no se encarga de regular los procesos de nombramientos en relación a todos los cargos públicos. Los cargos públicos que son competencia del Comisionado son los que figuran en el anexo de la Orden pertinente Nombramientos Públicos en el Consejo, y los especificados por el Ministro de la Oficina del Gabinete por instrumento escrito como pertenecientes a su ámbito de competencias.

En la actualidad los tipos de organismos públicos que son competencia del Comisionado son:

- Ejecutivo no departamentales organismos públicos;
- Asesores no departamentales organismos públicos;
- Organismos de salud;
- Corporaciones Públicas;
- Las autoridades públicas de radiodifusión;
- Reguladores de ciertos servicios públicos;
- No Departamentos Ministeriales;
- Parque Nacional Las autoridades en Inglaterra y Gales, y
- Juntas de Conservación de Espacios de Outstanding Natural Beauty.<sup>66</sup>

Según el Código del Comisionado, el procedimiento con consiste en consultar a los ministros en la etapa de planificación, precisándole los criterios de selección y la forma en que el proceso de nombramiento se lleve a cabo. Una vez que el panel ha seleccionado los candidatos elegibles, los ministros se les da una opción, para que estos realicen la selección. Dependiendo de la preferencia ministerial al comienzo del ejercicio, los candidatos pueden o no pueden ser clasificados por orden de mérito.

<sup>570</sup> LEON MARTINEZ, ANGÉLICA MARÍA. “2010. Modelo para armar: Regulación de las comunicaciones y tecnologías de la información”. Tesis de Grado para optar por título de Abogado. Universidad Externado de Colombia. 2009.

<sup>571</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso de la...* Op. cit. Pp. 52.

Muchos gobiernos conservadores, en las últimas décadas, han aunado esfuerzos para suprimir la mayor parte de los *quangos* que consideren innecesarios, para lograr la privatización del sector público y de allí la proliferación de informes dedicados analizar no solamente el origen e importancia de este tipo de entidades, los posibles mecanismos para su supresión o reducción y las relaciones y sistemas de control respecto al Gobierno y al Parlamento.

Los fundamentos que se dieron para la incorporación administrativa de estas entidades en el Sistema Inglés fueron diferentes a los del sistema americano, en el sentido que fueron concebidos dentro de la Administración Británica como una forma o mecanismo tendente a redefinir el papel del Estado particularmente dentro de la nueva concepción del Estado de Bienestar<sup>572</sup>, asociándolos principalmente a actividades públicas, a través de la delegación por parte del Gobierno, en autoridades locales y en cuerpos profesionales, la responsabilidad de administrar la prestación de los servicios públicos<sup>573</sup>.

Los *Quangos o Non-Departmental Public Bodies* a diferencia de lo sucedido en Estado Unidos, no vienen a quebrar los cimientos de un Estado de Derecho fundamentado en principios democráticos y división tripartita del poder que se da en el modelo continental. La finalidad de su creación e incorporación dentro de la estructura del Reino Unido, como indica PARADA es simplemente de ser entidades administrativas que vienen a complementar las demás instituciones que constituyen la organización administrativa Inglesa y de servir de instrumento para la obtención de determinados objetivos planteados por parte del Gobierno<sup>574575</sup>, con la

---

<sup>572</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración ...de la* cita 165, que la denominación *quangos* aparece en la doctrina, fruto de un investigación adelantada en los años sesenta, donde precisó que dentro de la Administración Británica existían una serie de organizaciones que no hacían parte de la administración central o del Gobierno, cuya finalidad era desarrollar algunas políticas públicas que no podían ser desarrollados por esté. En igual sentido. HOLLAND, PHILIP. “*The Quango in Britain*”. En *VVAA: Hein Online International & Non-U.S. Law Journals*. 5 Trent L.J. 1 1981. Pp. 1-9. Quien precisa “*The acronym Quango was invented in the United States of America during the late 1960's to describe the growth of corporations set up privately to take advantage of Government contracts and so to act as Government agencies. Thus applied to privately established corporations and foundations, the term signified Quasi Autonomous Non- Governmental Organisations*”

<sup>573</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes ...* Op.cit., Pp. 57 y ss, quien precisa lo siguiente respecto a la tradicional forma de delegar funciones para el cumplimiento de políticas públicas “*...según la cual es un principio de buen gobierno el delegar en autoridades locales y en cuerpos profesionales la responsabilidad de administrar la mayor parte de los servicios públicos*”

<sup>574</sup> PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. Decimotercera Edición. Edit. Marcial Pons. Barcelona. 1999. Pp. 316 -319. Quien precisa que el modelo Anglosajón es habitual la organización de funciones y servicios públicos en diversas entidades, aspecto que no sucede en modelo Norteamericano y particularmente en el modelo continental, donde se cuenta con una organización de carácter cerrado y la configuración de nuevas figuras más aún cuando se consideran independientes no pueden tener cabida. Sobre el particular indica “*porque mientras en los países anglosajones la Administración independiente es moneda corriente o la regla general de organizar las funciones y servicios públicos, en el modelo continental o cerrado, la independencia de una organización pública respecto del Gobierno es una anomalía, una malformación, que es necesario explicar y justificar en mayor medida. Porque, ciertamente, e la tradición de un modelo cerrado y cuasimilitar, de organización pública, que hunde sus raíces en la concepción napoleónica, como es el modelo al que responde la Administración europea continental, o hay lugar, en principio, para entes independientes porque todo el espacio organizativo está ya planificado y ocupado por modelos organizativos uniformados*”.

particularidad de ser organismos que no pertenecen a los departamentos ministeriales, con un alto grado de autonomía; y es a través del acto de creación donde se precisa tanto sus funciones, sus competencias, sistema de organización interna y su relación con el Ministro competente<sup>576</sup>.

Estos organismos se encuentran entre sí, sujetos a regímenes jurídicos diferentes, por su número y funciones que desempeñan al ser creados para determinados sectores y en temas muy específicos, de allí que cada organismo cuente con una estructura diferente, pero con la nota característica de que cuentan con personalidad jurídica propia, separada de la Administración. La gran proliferación ocupan un espacio mayor que el de los departamentos ministeriales o agencias destacándose las *Next Steps Agencies*<sup>577</sup> (inspiradas en los principios de descentralización funcional, dotadas de personalidad jurídica y con una serie de prerrogativas para el cumplimiento de los objetivos planteados por el Gobierno, de allí que surja la posibilidad de que el Ministro pueda cesar a los miembros de las mencionadas agencias, constituyéndose en el elemento diferenciador respecto a los *quangos*)<sup>578</sup>, además sobre éstos no existe una regulación unificada, ni normas legales o convencionales que los estructuren y regulen, de modo que cada Gobierno los reorganiza, creando y disolviendo los que considere convenientes. De ahí la problemática que han tenido, que ha derivado en la elaboración de diversos informes dedicados analizar la naturaleza de estas entidades. Destacan los informes, *Report on Non-Departmental Public Bodies de 1980 (Informe Pliatzky; First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen I de 1995 (Informe Nolan)*<sup>579</sup>; *Report of the Royal Commission on Standards of Conduct in Public Life de 1976, entre otros.*

---

<sup>575</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. "Agencias...Op. cit. Pp. 151. Este auge en el Reino Unido de las Agencias en la segunda mitad del siglo XX se explica por cuatro razones: a) se entiende que ciertas áreas de la actividad industrial y de la vida social exigen una forma de control específica y continuada; b) tales áreas requieren el desarrollo de estrategias reguladoras y de políticas de conjunto que guíen las decisiones individuales; c) se percibe existan órgano con funciones las decisiones individuales; c) se percibe la necesidad de que existan órgano con funciones mixtas, que promuevan políticas pero que también ejecuten y resuelvan conflictos; d) el aumento de los problemas sociales y el desarrollo tecnológico justifica la creación de órganos de toma de decisiones que sean expertos en el sector".

<sup>576</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA Op. cit. Pp. 51

<sup>577</sup> *Ibidem*. Pp. 49 y 50. "el régimen jurídico de las NSA se establece a través de Framework Agreements- normas dictadas por el Gobierno- normalmente cada tres años por el departamento ministerial al que la agencia pertenezca. El Gobierno fija los objetivos y las agencias actúan con autonomía ejecutiva para su cumplimiento. El departamento ministerial correspondiente (parentt Departamental) no controla la actividad duraría de la agencia, sino sólo a posteriori los resultados, y puede cesar a los miembros si no se han cumplidos los objetivos. Los miembros de este tipo de agencias son funcionarios (civil servants), aunque su régimen jurídico varía en cada caso concreto respecto del modelo del civil service."

<sup>578</sup> LEO PLIATZKY. "Quangos and Agencies". En VVAA: *Public Administration*. Volume 70, Issue 4. Pp.555-563.

<sup>579</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen I. Normas de conducta en las instituciones públicas: primer informe de la Comisión de Normas de Conducta en las Instituciones Públicas; presidente, Lord Nolan*. Traducción: Administración de la Comunidad Autónoma e Erakundea Instituto Vasco de Administración. Editorial [Oñati]: Instituto Vasco de Administración Pública, D.L. 1996.

En cuanto a su creación es de carácter diverso, dependiendo del instrumento jurídico los *quangos*<sup>580</sup> pueden clasificarse atendiendo a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica, lo que determina su status legal<sup>581</sup> y la posibilidad de que puedan dictar su reglamento interno de funcionamiento, lo que determina su autonomía orgánica; si la norma de creación no indica algo en particular se entiende que el mencionado reglamento será aprobado por parte del Gobierno, como lo precisan FUENTETAJA y GUILEN<sup>582</sup> “*El origen de cada uno de ellos es muy diverso; una Ley- Act- (por ejemplo, la Manpower Services Commission o la Health and Safety Commission), una Royal Chárter (la BBC), un Treasury Minute (el University Grants Committee), incluso una respuesta parlamentaria o cualquier acto cuyo significado sea el establecimiento de un nuevo ente público (Schools Council, Technician and Business Education Councils), los cuales pueden ser clasificados de la siguiente manera:*

NORMA DE CREACIÓN	ENTIDAD CREADORA	CARACTERÍSTICAS
<b>Statute o Act of Parliament</b>	Statute o Act of Parliament, norma aprobada por el Parlamento	Statutory Bodies. Organismo con personalidad jurídica y separada de la Administración y plena capacidad jurídica.
<b>Royal Charter o Warrant</b>	Corona	Personalidad jurídica propia y separada de la Administración con plena capacidad jurídica. Al ser creadas por la Corona, cuentan con más independencia
<b>Act del Parlamento (secondary legislation)</b>	Gobierno (creados por el Gobierno, previa autorización del parlamento que fija las funciones)	Personalidad jurídica propia y separada de la Administración con plena capacidad jurídica.
<b>Acto Administrativo, Contrato o Acuerdo</b>	No requieren autorización del Parlamento	Next Steps Agencies. Con personalidad jurídica pero sin capacidad jurídica plena
<b>Iniciativa de los Afectados. Sin apoyo normativo alguno</b>	Requiere aprobación previa del Gobierno	City Takeover Panel.
<b>Posible vía de hecho (carácter excepcional)</b>		Advisory committees.

**Cuadro 8 - Fuente Los Quangos (Reino Unido). Las Autoridades Independientes<sup>583</sup> - Creación Propia: Norma de Creación Entidad Creadora y Características.**

<sup>580</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 51, quien precisa que esta denominación no es la más aceptada, en el sentido que se aprendió a agrupar a todas las instituciones que actúan fuera de la estructura departamental.

<sup>581</sup> Ibídem. Pp. 62.

<sup>582</sup> FUENTETAJA PASTOR, JAVIER y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 137.

<sup>583</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 62.

A pesar de los diferentes instrumentos utilizados para su creación los *Quangos* pueden clasificarse en tres grandes grupos o tipos de entes: *Executive Bodies*, *Advisory Bodies* y *Tribunals*, como se indicó en el *Report on Non-Departmental Public Bodies*, Cmnd. 7797<sup>584</sup>, pero existen otras definiciones donde se precisa que el vocablo o denominación *quango*<sup>585</sup> puede ser más amplia denominándose *EGO's* (*extra governmental organisations*), esta nueva definición incluye a algunos entes locales que cuentan con independencia (definición que no es aceptada por toda la doctrina), particularmente por su autogobierno, a los que se le ha denominado como el *self governing*; pero su sistema de financiación proviene del erario público y desempeñan funciones públicas, que anteriormente eran desempeñadas por parte del Gobierno Central. Estos aspectos resultan cuestionables atendiendo a la naturaleza y particularidades asignadas a los *Non-Departmental Public Bodies*<sup>586</sup>, siendo necesario precisar que dentro la clasificación tradicional, se consideraba que la regulación era parte de las funciones ejecutivas de la los *quangos*. En la actualidad, como afirma SALVADOR MARTÍNEZ<sup>587</sup>, la regulación se entiende tiene tanta relevancia e importancia, que implica que sea considerado como un cuarto tipo de *quango* al que haremos referencia posteriormente. Asimismo, entidad cuenta con competencia de carácter ejecutivo, normativo y cuasijudicial.

<sup>584</sup> FUENTETAJA PASTOR, JAVIER y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la....* Op.cit. Pp. 142 cita 190.

<sup>585</sup> *Ibid.* Pp. 144 cita 195, donde se precisa que en un estudio realizado por *Democratic Audit*, se indicó que existían tres categorías de entes públicas no gubernamentales, donde se incluyen algunos ente de carácter local, sobre el particular precisan “*Resulta de gran importancia el estudio llevado a cabo por la Democratic Audit del Reino Unido, realizado por WEIR, S. y HALL, H., Ego Trip: Extra Governmental Organisations in the Uk and their Accountability, publicado por la Charter 88 Trust, n el que se indentifican tres categorías de entes públicos no gubernamentales: government's executive Non Departamental Public Bodies, National Health Servicies bodies y “non recognised” executive bodies, muchos de los cuales operan a nivel local. El estudio establece que ‘no podemos utilizar el término quango para describir a todos los entes, porque adolecería de concreción. Tampoco podemos describirlos como ‘executive agencies’ porque nos llevaría a confundirlos con aquellas cateogrías más reducidas utilizadas por el Gobierno para definir a algunos tipos de ‘executive Non Departamental Public Bodies’ y ‘executive agencies’. Por tanto hemos adoptado el término ‘extra governmental organisations’ (EGO's) para englobar a las tres categorías de entes públicos ejecutivos que hemos analizados en este estudio*”. En igual sentido, COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen 1. Normas de conducta en las instituciones públicas...* Op.cit. Pp. 79, donde se indica que existe otra clase de definiciones sobre este tipo de organismos paraestatales, precisando: “*Existen otras definiciones más amplias de ‘organismos paraestatales’ que incluyen organismos locales independientes o autónomos pero que gastan dinero público y realizan funciones públicas. En muchos casos estas funciones las realizaba antes la administración local o estatal. Aquí se incluyen organismos de Desarrollo y Formación (Tec), las Empresas de Desarrollo Local (LEC) de Escocia, las Asociaciones de Viviendas, las Corporaciones de Educación Permanente y las Juntas Directivas de las Escuelas Subvencionadas. Los ministros no nombran a los miembros de estos organismos, pero su filiación está normalmente regulada por leyes parlamentarias o contratos con el gobierno.*”

<sup>586</sup> Esta clasificación o división tripartita fue realiza en el informe *Reporto n Non-Departmental Public Bodies*, Cmnd. 7797, informe realizado por Sir Leo Pliatzky. En igual sentido, BELL, JHON. “*L’expérience anglaise en matière d’autorités administratives indépendantes*”. En: *CONSEIL D’ÉTAT RAPPORT PUBLIC 2001* Jurisprudence et avis de 2000 *Les autorités administratives indépendantes* ÉTUDES & DOCUMENTS N° 52. Pp. 401-410.

<sup>587</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 57 y ss.

TIPOS DE QUANGOS <sup>588</sup>		
<p><b>EXECUTIVE BODIES</b></p> <p>Encargados de desempeñar una amplia gama de funciones como las de regulación o de servicio, o las que corresponden a actividades científicas o culturales y su existencia se justificaba o se sigue justificando por que las funciones encomendadas podrían ser realizadas por un ente independiente al Gobierno Central, atendiendo a que fueron creados a desarrollar una actividad específica por personas altamente cualificadas y ajenas a las injerencias del Gobierno o de los partidos.</p> <p>En cuanto a las funciones podemos precisar:</p> <p>a) Prestación de servicios comerciales (Consumer, Commercial o Industrial bodies): Se incluyen los organismos que se encargan de controlar y gestionar monopolios o semimonopolios públicos, además se encargan de determinar los precios y estándares de los servicios públicos que se prestan, de allí que el régimen jurídico diste en cada uno en razón del servicio.</p> <p>b) Prestación de servicios sociales (Managenal Bodies): Encargados de la prestación de los servicios de salud y de la formación a los desempleados y ayuda para la obtención de empleo.</p> <p>c) Ordenar la inversión y el gasto público en determinados sectores (Spending Agencies): Su función consiste en distribuir los fondos, intervenir y ordenar el gasto público en sectores específicos y para unos fines muy puntuales como lo son los culturales, los artísticos o los de carácter científico.</p>	<p><b>ADVISORY BODIES</b></p> <p>La finalidad es servir como un cuerpo asesor al Ministro, atendiendo a que el personal con el que cuentan no cuenta con la preparación suficiente para las labores de asesoramiento en cuestiones específicas, de allí que su composición sea por diferentes grupos de expertos. También se destaca que estos cuerpos asesores se componen por diferentes grupos de interesados con el fin de desarrollar algunas propuestas que se enmarcan dentro de la política pública del Gobierno.</p> <p>Se destacan dos grandes grupos o categorías:</p> <p>a) Royal Commissions y los Departamental Committees, creados por parte del Gobierno mediante acto, sin que sea necesaria la autorización del Parlamento. Su finalidad es elaborar informes en materias de carácter controversial, sobre las cuales el Gobierno debe adoptar una decisión.</p> <p>b) Consultative Committes: Comités de carácter permanente para diferentes ámbitos de la vida social. Su función es emitir informes periódicos y son consultados por parte del Gobierno cuando vaya adoptada medidas que tengan una relación directa con su competencia.</p>	<p><b>TRIBUNALS</b></p> <p>Desempeñan funciones cuasijudiciales y su finalidad es dar solución a las controversias que se originen entre los ciudadanos y el Estado, y son considerados como una forma de facilitar la labor de los Tribunales judiciales que tienen atribuida esta función y que las causas que requieren de su estudios por importancia puedan ser asumidas por parte de los órganos judiciales.</p> <p>La particularidad de este tipo de Tribunales, es que están compuestos por parte de los grupos que pueden resultar afectados por los conflictos que se pueden originar entre la Administración y los administrados: trabajadores, arrendatarios, empresarios, etc.</p> <p>Pueden distinguirse dos clases:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Stalin Tribunals, que tienen un carácter permanente</li> <li>- Ad hoc.</li> </ul>

**Cuadro 9 - Fuente Los Quangos (Reino Unido). Las Autoridades Independientes<sup>589</sup> - Creación Propia: Tipos de Quangos.**

<sup>588</sup> MAER, LUCINDA. *Quango. Standard note n. SN/PC/05609, de 24 jun. 2010*. Disponible en: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-05609.pdf>. [en línea] (Consultado 09/04/2013). Donde precisa que actualmente existen cuatro tipos de Quangos, la clasificación tradicional de Pliatzky y se incluyen los Consejos independientes de vigilancia o Independent Monitoring Boards, encargados de vigilar el sector de inmigración y del sector carcelario. Vale la pena destacar que no se considera como una categoría autónoma los *quangos* que desempeñan funciones reguladoras, sino que considera actualmente, que estos hacen parte de los *executive bodies*, a pesar de la trascendencia de esta función.

<sup>589</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 62.



Respecto a la función regulatoria, se han creado una serie de *quangos* encargados de cumplir esta función, cuya finalidad es la de determinar, ordenar y supervisar las condiciones de un mercado para este funcione de manera efectiva, para lo cual cuentan con facultades tanto normativas y de control, y otra serie de facultades o atribuciones dependiendo del sector a regular. Existen varias clases de organismos, que cumplen esta función y se crean en diferentes momentos históricos y a través de diferentes normas o actos, especialmente por Leyes del Parlamento, donde se especifica el tipo de actividades desempeñaran, las relaciones con los Ministros y el sistema de nombramientos<sup>590</sup>. A continuación destacamos los aspectos más relevantes en el siguiente cuadro:

NOMBRE	AÑO DE CREACIÓN	FUNCIONES
<b>Regulatory Bodies</b>	Siglo XIX	Regula la actividad privada de ciertos sectores económicos
<b>Supervisor Bodies</b>	Siglo XX	Creados como producto de los procesos de liberalización y privatización que se dieron en la Unión Europea. Encargadas de determinar las reglas para los sectores que anteriormente prestaban los servicios en régimen de monopolio y que posteriormente se empezaron a prestar en competencia. Sus funciones han aumentado de acuerdo a las necesidades de los mercados y no se limitan exclusivamente a la labor de supervisión,
<b>Banco de Central</b>		Función tanto reguladora o de supervisión de sector financiero y bursátil y dentro de sus objetivos se encuentra es que exista una estabilidad en el mercado, en los precios y en la política económica del Gobierno.
<b>Quangos de defensa, protección y ejercicio de los derechos fundamentales</b>		Supervisan un sector privado y la finalidad es que protejan y garanticen el ejercicio de los derechos fundamentales.

**Cuadro 10 - Fuente Los Quangos (Reino Unido). Las Autoridades Independientes - Creación Propia: Nombre, Año de Creación y Funciones.**

En cuanto a su estructura, el rasgo más característico y sobresaliente de estas entidades es que no pertenecen ni pueden encuadrarse dentro de las estructuras de los Ministerios, en el sentido de que estas entidades no hacen parte de la estructura de los departamentos ministeriales diferenciándose de las agencias las cuales pertenecen al organigrama del Ministerio, como una unidad más, (de allí que indique que la responsabilidad de estas últimas recae en el Ministro por ser una dependencia a su cargo)<sup>591</sup>. La denominación correcta de *non-departmental o de non-*

<sup>590</sup> HOLLAND, PHILIP. "The Quango in... Op. cit. 3.

<sup>591</sup> FUENTETAJA PASTOR, JAVIER y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la....* Op. cit. Pp.141. Cita 189, donde se precisa la diferencia existente entre las agencias y los entes públicos no

*governmental* (NDPB)<sup>592</sup>, permitiéndoles tener cierto grado de autonomía, conocido por el principio de “*arm’s length*”<sup>593</sup>, el cual responde a que las funciones que le son encomendadas principalmente de carácter ejecutivo no requieren que los Ministros la desempeñen directamente, sino que atendiendo a la especialidad de la función, sea desempeñada por otro ente diferente al Ministerio con un mayor grado de eficiencia e idoneidad. Sumado a las anteriores consideraciones, se indica que la aplicación de este principio responde a la necesidad de que personas designadas por parte del Ministro (quien es el encargado de nombrar tanto al presidente como a los demás integrantes de este tipo de entidades, aspecto que ha generado mayores críticas<sup>594</sup>) no tengan ningún tipo de relación con el Gobierno, lo que garantiza que las tareas que le sean asignadas las desarrolle, sin ningún tipo de presión o injerencia de cualquier grupo de presión, atendiendo a un perfil técnico o científico dependiendo de la entidad. En cuando a su composición, sus miembros son designados en su mayoría por parte del Gobierno (el proceso de selección no es público y la elección que se haga por parte del ministro debe ser consultada al Primer Ministro), principalmente a su Director y a los demás miembros del Consejo de Administración u órgano colegiado, donde el Parlamento excepcionalmente supervisa los nombramientos que hacen por parte del ejecutivo<sup>595</sup>. Hay otra clase de *quangos*, en la que sus miembros son elegidos por parte de los ciudadanos o por otro tipo de entidades que a su vez designan a los miembros de los *quangos*, en determinados supuestos.

En lo que corresponde a los motivos de elegibilidad y de incompatibilidad y los supuestos para que los miembros puedan cesar en el cargo, el sistema anglosajón no cuenta con criterios

---

ministeriales o no departamentales. Sobre el particular indican “*Conviene distinguir la figura de los quangos de la de las agencias. Los quangos son entes públicos no departamentales, mientras las agencias se encuadran en el organigrama del departamento ministerial que las ha creado, es decir, son unidades orgánicas de ese departamento. Por lo que ante el anormal funcionamiento de una agencia el responsable es el Ministro que la ha creado, lo que no ocurre en los quangos donde la responsabilidad recae en su Consejo de Dirección...*”.

<sup>592</sup> LEO PLIATZKY. “*Quangos and...* Op.cit. Pp. 555 y ss. Quién reitera que esta denominación responde fue dada en el *Reporto n Non-Departmental Public Bodies* de 1980, llamado *Informe Pliatzky*. El objetivo de este informe consistía en dar una definición uniforme de este tipo de entidades de carácter público pero ajeno a la estructura ministerial.

<sup>593</sup> *Ibíd*, Pp. 556. “*because the work is of an executive character which does not require Ministers to take responsibility for its day-to-day management; because the work is more effectively carried out by a single purpose organisation rather than by a Government Department with a wide range of functions; in order to involve people from outside government in the direction of the organisation; or, as a self denying ordinance on the part of Government and Parliament, in order to place the performance of a particular function outside the party political arena.*”

<sup>594</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen 1. Normas de conducta...* Pp. 82. Numeral 20, donde se alude al sistema de nombramiento de los ejecutivos y su alto grado de politización, “*Los nombramientos a los NDPB ejecutivos y a los organismos del NHS (Servicio Nacional de Salud) son tema de fuerte debate político. Hemos recogido numerosos testimonios orales y escritos en el sentido de que un número excesivo de cargos se cubre con afiliados del partido conservador, ex candidatos o personas que han donado dinero al partido, tanto en recompensa por su lealtad como para garantizar juntas directivas que apoyen las políticas del gobierno y no critiquen las decisiones de los ministros*”.

<sup>595</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 64. Es tal vez uno de los aspectos más cuestionados respecto a este tipo de autoridades, ya que las personas que son designas en la mayoría son políticos con escasos conocimientos en las materias técnicas sobre las cuales deben decidir y que más bien su designación corresponde a una forma en la que el Gobierno puede contralar a los *quangos*.

uniformes o estrictos sobre determinados aspectos. Se supone que las personas que son designadas deben contar con altos conocimientos, para lo cual se creó una lista denominada *The Public Appointments Unit Central List*, pero no ha sido en cuenta para la designación de los integrantes de estas entidades, como tampoco hay un régimen de incompatibilidades. En lo que corresponde al cese, solamente se han establecido las causas o motivos por los cuales el Gobierno puede cesar a los miembros de sus cargos principalmente por incapacidad o el incumplimiento de obligaciones, pero no hay un listado de causas tasadas en este aspecto.

No podemos dejar de lado el sistema de controles, no existe un sistema uniforme, sino una diversidad de controles dependiendo del tipo de *quango*, atendiendo a que son heterogéneos. Pero es necesario analizar los tres tipos de controles: el del Gobierno, del Parlamento y control Judicial<sup>596</sup>.

El Gobierno realiza su control a dos tipos de entidades que están fuera de la estructura departamental:

---

<sup>596</sup> *Ibíd.*, Pp. 71 y ss. Adicionalmente a los tradicionales controles, en el Sistema Británico se han establecido otro tipo de controles, destacándose los controles del *Ombudsman*, *Citizen's Charters* y *Commissioners for Public Appointments*.

1. *Ombudsman*: Comisionado por parte del Parlamento, encargado de verificar las quejas de los ciudadanos por el deficiente funcionamiento de la Administración. El principal inconveniente es que no todos los *quangos* están sometidos a este tipo de control, destacándose la exclusión de algunos que se encargan de la prestación de determinados servicios públicos atendiendo a su carácter de independencia.
2. *Citizen's Charters*, Documentos declarativo de derechos de derechos de los usuarios de los servicios públicos, su finalidad es que los servicios se presten en condiciones óptimas, para lo cual se establecen mecanismos para que los usuarios puedan presentar quejas y tengan conocimiento de sus derechos. El inconveniente que se presenta es la determinar cuál es el grado de vinculación de estos documentos a las actividades que realizan los *quangos* y de la misma efectividad de que las quejas de los usuarios puedan ser conocidas por parte del Parlamento.
3. *Commissioner for Public Appointments*: Resultado de las recomendaciones dadas en el informe Nolan, la finalidad es contar con una serie de criterios para elección y designación de los miembros de los *quangos* y de contar con un sistema de controles. Lo que concluyó con elaboración del *Code of Practice for Public Appointments*. El inconveniente que se tiene, es que no se aplica por parte de todas las entidades. La finalidad de este comisionado es la controlar como se indicaba en el informe los nombramientos, verificar si estos se realizaron atendiendo a los méritos y capacidades, la elaboración de informes y códigos sobre los nombramientos. Asimismo, le es permitido remitir quejas los departamentos ministeriales, cuando considere que puedo haberse trasgredido el sistema de designación de nombramientos, con el fin de que pueda corregir o rectificar el nombramiento, sino lo hace el Parlamento, puede solicitar su comparecencia atendiendo al informe que presente el Comisionado.

NEXT STEPS AGENCIES (NSA) <sup>597</sup>	NON- DEPARTAMENTAL PUBLIC BODIES (NDPB)
Hacen parte del poder Ejecutivo, se les denomina <i>Departamental Bodies</i> , por lo tanto el ministro se entiende que encarga de verificar y controlar los resultados de este tipo de agencias.	<p>La finalidad es controlar si este tipo de entidades han aplicado la línea política y no de las demás actos o actividades que son realizadas por parte de los <i>quangos</i>.</p> <p>Para tal efecto, el Gobierno puede solicitar la presentación de informes de carácter periódico o de carácter extraordinario con el fin de que pueda verificar el cumplimiento de la política que este ha diseñado. El inconveniente principal, es que no todos los <i>quangos</i> están sometidos a este tipo de control, ni a la elaboración de los informes y los que tienen ésta obligación, muchas veces la información que suministran no lo es suficientemente útil para el Gobierno.</p>

**Cuadro 11 - Fuente Leo Pliatzky - Creación Propia: NSA y NDPB.**

En cuanto a los controles del Parlamento, los realiza de dos formas, una a través del Gobierno (control indirecto) y un control directo a través de las comisiones de investigación que constituya para tal objeto<sup>598</sup>:

A TRAVÉS DEL GOBIERNO	A TRAVÉS DE LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN
<p>Entendido como el primer tipo de control</p> <p>El Parlamento controla si efectivamente el ministro vigila a cada uno de los organismos. La responsabilidad del ministro puede ser mayor o menor atendiendo a que en el caso de los <i>Next Steps Agencies</i>, este se hace responsable por los resultados de las actividades que las agencias realizan, en caso de los <i>Non- Departamental Public Bodies</i>, el control se limita a que el <i>quango</i> haya seguido misma línea política, no de otro tipo de aspecto de los cuales es responsable el director de cada <i>quango</i><sup>599</sup>.</p>	<p>Entendido como una forma de control directo por parte del Parlamento, a pesar de su carácter limitado en lo que corresponde a las facultades y poderes que tienen estas comisiones respecto de las actividades realizadas por los <i>quangos</i>. Las comisiones pueden tener la naturaleza tanto de permanentes como no permanentes. El inconveniente que tienen, es que es difícil determinar en que recae la responsabilidad por las actuaciones, si esta responde al giro ordinario de la entidad, los resultados, del cumplimiento de la política general, y si es el Ministro el que debe responder o del director del <i>quango</i>.</p>

**Cuadro 12 - Betancor Rodríguez - Creación Propia: Controles del Parlamento.**

<sup>597</sup> LEO PLIATZKY. "Quangos and... Op.cit. Pp. 558 y ss.

<sup>598</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes...* Op. cit., Pp.61. "El insuficiente control al que están sometidos los quangos y que supone el que amplios sectores de la actividad administrativa queden al margen tanto del control político como de un deficiente control jurídico se ha alegado como crítica contra los quangos. Los parlamentarios acusan al Gobierno de servirse de los quangos para impedir el control parlamentario respecto de lo que constituye la gestión cotidiana de sectores importantes".

<sup>599</sup> Es uno de los aspectos más cuestionados por parte de los diferentes autores, quienes indican que es un control de carácter limitado, sumado a que aspectos tales como que se debe entender la actividad cotidiana de un *quango* y los resultados obtenidos y la diversidad de instituciones que se agrupan bajo la categoría de *quangos* que a su vez se encuentran adscritos al ministerio que ha imposible que se puedan controlar todas y cada una de estas instituciones. Aspectos que analizaremos posteriormente.

Y por último, tenemos el Control judicial, todos los *quangos* están sometidos al control judicial, salvo las excepciones respecto de algunas de estas entidades los cuales tienen una serie de prerrogativas dadas por parte de la corona.

La finalidad de este control, es la de determinar si la actividad que ha realizado el *quango* se ha ajustado a los límites previstos en el acto de creación y dichas actividades que le han sido encomendadas han sido cumplidos de manera razonable, justa y equitativa.

El inconveniente que se presente en la aplicación de este tipo de control, es que muchos de los pronunciamientos que son expedidos por parte por parte de los *quangos*, son o muy generales o muy específicos lo que impide los tribunales puedan crear una línea jurisprudencial uniforme para poder dar solución a los mismos casos<sup>600</sup>.

#### **b. Origen y evolución de los Quangos**

La creación de este tipo de entidades no es reciente, pues la existencia de organizaciones públicas con un alto grado de independencia ha sido una constante dentro del sistema administrativo inglés<sup>601</sup>. La creación de este tipo de entidades debe ser analizada desde dos puntos de vista respecto a su creación:

3. Que corresponde a que este tipo de entidades se crean como producto de una estrategia del Parlamento y de la Corona para limitar el ámbito de actuación del otro poder o del gobierno<sup>602</sup>.
4. La proveniente como lo anunciábamos en la parte introductoria, como producto de la imperiosa necesidad de satisfacer a las necesidades de la colectivas, atendiendo a las nuevas actividades, las cuales no fueron asumidas por ninguna dependencia ministerial, sino que se acudió a la fórmula de crear una serie de entidades dotadas con unos rasgos muy peculiares, entre ellos el reconocimiento de personalidad jurídica, encargadas de una actividad, fuera esta de regulación, control o ejecución y con una independencia derivada de la actividad que desarrollase, independencia que podría ser orgánica o

---

<sup>600</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. 70. “Existen algunas propuestas doctrinales dirigidas a clarificar el régimen jurídico de los quangos y a facilitar, con ello, el control jurídico; entre ellas, establecer mejores vías de comunicación y mayores exigencias de información, extender el control financiero a más organismos, y clarificar las funciones y competencias de estos organismos”.

<sup>601</sup> MACLEAVY, JULIE. “The Quango Debat”. RESEARCH PAPER 05/30. 11 APRIL 2005. Oonagh Gay Parliament and Constitution Centre. Disponible en: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2005/rp05-030.pdf>. [en línea]. (Consultado 05/04/2013). .Donde se precisa que desde hace algunos siglos, en el Reino Unido siempre se ha permitido a los Ministros del Gobierno la delegación de funciones a través del uso de este tipo de prerrogativas. Se destacan la creación de alguna entidades en el siglo XVI, cuando las nuevas funciones y responsabilidades del Estado eran comúnmente eran desempeñadas por parte de consejos nombrados (por ejemplo, miembros de la Comisión de la quiebra, fundada en 1570, Banco de Inglaterra, 1694; Museo Británico, 1753).

<sup>602</sup> SALVADOR MARTINEZ, MARIA. Op. cit. Pp. 43.

funcional.<sup>603</sup> En cuanto a su integración algunos de sus integrantes serían designados por parte de los Ministros y otros serían designados por parte de los ciudadanos y otros organismos. Estas nuevas entidades recibieron el nombre de *Quangos*.

El origen de estas instituciones<sup>604</sup> se remonta al fenómeno vivido en Inglaterra durante el siglo XVIII, en el que se crea por parte del Parlamento una serie de entidades locales de administración, a las que se le atribuyó la responsabilidad de prestar determinados servicios, con la finalidad de hacer frente a algunas problemáticas sociales que surgieron con la Revolución Industrial. Se caracterizaban por gozar de un alto grado de autonomía respecto del Parlamento y en parte del Gobierno, pues el principio de jerarquía no les era aplicable, pero sin embargo, estaban controlados por el poder de los Tribunales. Estos organismos tuvieron una gran acogida dentro del sistema, por tal motivo su competencia restringida al ámbito local es superada, constituyéndose en organismos de carácter nacional, con lo que surge lo que se ha denominado el *board system*<sup>605</sup>.

Tanto el Parlamento como la Corona recurrían a este tipo de organismos autónomos con finalidades tanto políticas como de organización institucional, preferían a este tipo de entidades sobre las cuales podían ejercer un control *de facto*, antes que otorgar más poder a las demás ramas del poder público. La justificación para su creación eran fundamentalmente porque este tipo de organismos las ejercían de una forma continua y estable, lo cual se constituye en la principal ventaja y elemento diferenciador respecto de otras entidades, gracias a la autonomía de la que eran dotados, la poca incidencia de los cambios y transformaciones políticas y al estar, ajenos a los cambios políticos afectaban menos su actuación y además presentaban una mayor eficiencia en la actividad que realizaban, pues al ser autónomos y estar dedicados a una única función en particular, podían adaptarse más a las necesidades del sector en concreto<sup>606</sup>.

En año de 1832, se aprueba la *Reform Act*, por medio de la cual transformó el Sistema Administrativo Inglés anteriormente descrito, aduciendo el principio de supremacía del Parlamento, para lo cual se estableció el sistema de responsabilidad por parte de los órganos del Gobierno frente al Parlamento<sup>607</sup>; adicionalmente para justificar la injerencia del Parlamento y

---

<sup>603</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 135.

<sup>604</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARIA. Op. cit. Pp. 42. “Los quangos británicos no son fenómeno reciente, sino una de las formas más tradicionales de organización de los poderes públicos en el Reino Unido. En aquel país, la existencia de organismos públicos con un alto grado de autonomía (<<independencia>>) es una constante histórica. A lo largo de la historia jurídico-constitucional británica, la creación de este tipo de organismos ha sido una estrategia utilizada tanto por el Parlamento como por la Corona para limitar el ámbito de actuación del otro poder, o el del Gobierno. Hasta la Guerra Civil (1642-1649), fue la Corona que creó una complicada red de órganos locales, tribunales y otros órganos especiales que formalmente actuaban con autonomía, pero que, de facto, estaban controlados por el Monarca. A partir de entonces, sin embargo, fue el Parlamento el que dirigió la creación de numerosos organismos a nivel local que disfrutaban de un alto grado de autonomía para el desempeño de sus funciones”.

<sup>605</sup> *Ibíd.* Pp. 43.

<sup>606</sup> *Ibíd.* Pp. 44.

<sup>607</sup> *Ibíd.* Pp. 44. “El Parlamento, que en ese momento se había convertido en la más alta institución del Estado, quería controlar toda la actividad del Ejecutivo y los boards escapaban de su control. Por ello, decidió suprimir progresivamente a los organismos de este tipo y establecer una Administración centralizada

de todos los sistemas de controles, que el *Board System* no era un sistema capaz de asegurar la satisfacción de todas las necesidades que el momento deberían ser garantizadas. La reforma concluyó con la incorporación de los *Board Systemal* modelo ministerial que imperaba en la Europa Continental, de Ministerios de carácter centralizado y con una fuerte estructura jerarquizada sujetos al control del gobierno. Asimismo, la reforma redujo el número de *boards* y a los pocos que subsistieron se les restó considerablemente su autonomía<sup>608</sup>.

No obstante, tan sólo a inicios del siglo XX<sup>609</sup>, con el advenimiento de las reformas sociales del gobierno liberal, se retorna a la creación de nuevos *boards*, por diversas causas, como lo fue el aumento en el número de servicios sociales que deberían ser garantizados de acuerdo *Welfare State (Estado de Bienestar)*<sup>610</sup> y de analizar las estructuras ministeriales, las cuales eran rígidas y poco eficaces para la prestación de los servicios que demandaba la colectividad. Las nuevas entidades que se crean, cuenta con una serie de características tales como la de contar con personalidad jurídica propia, encargadas de funciones particularmente las de control, regulación y ejecución y con independencia desde un punto orgánico y funcional<sup>611</sup>, agrupándolos bajo la denominación de *quangos*<sup>612</sup>, creándose en función de los interés y necesidades a satisfacer<sup>613</sup>

---

donde cada departamento ministerial fuera controlado por un ministro que respondiera de toda la actividad del ministerio”.

<sup>608</sup> *Ibíd.* Pp. 44.

<sup>609</sup> HOLLAND y FALLON. *The Quango Explosion: public bodies and ministerial patronage*. Conservative Political center, 1978. “Some appeared a hundred years ago to perform functions for which there was no provision in the very limited number of executive departments of Government. With the expansion of Government in the early part of the twentieth century, however, most of them disappeared as their responsibilities were taken over by departments directly under the control of Ministers. Indeed, by the end of the First World War there were few, if any, *Quangos* still in existence.

<sup>610</sup> BRIGGS, ASA. “*The Welfare State in Historical Perspective*”. En VVAA: *European Journal of Sociology*, II. 1961 citado por ALVAREZ-MIRANDA NAVARRO, BERTA. *El Estado de Bienestar: Del consejo Postbélico al debate sobre su crisis y reforma*. Documento de trabajo 9505. Diciembre de 1994. Disponible en: <ftp://www.funep.es/pie/dt9505.pdf> [en línea]. (Consultado 27/03/2013).

Los elementos identificados por Asa Briggs, respecto al Estado de Bienestar fueron:

- d) una garantía de estándares mínimos, incluyendo un ingreso mínimo;
- e) protección social en caso de inseguridad,
- f) y la prestación de servicios al mejor nivel posible.

<sup>611</sup> FUENTETAJA PASTOR, JAVIER y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 135 y ss. Si bien la denominación de *quangos* es la que tradicionalmente ha aceptado la doctrina, la denominaciones que reciben este tipo de entidades son de diverso tipo destacando se las dé office, Commission, board (siendo una de las más utilizadas), center, entre otras, y que usualmente responden al nombre que el Ministerio les quiera asignar.

<sup>612</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen 1. Normas de conducta en las instituciones públicas...* Pp. 77. En dicho informe se precisa que no existe una definición uniforme respecto a este tipo de entidades. Tradicionalmente el Gobierno los ha denominado como “*Organismos Públicos No Ministeriales*” (NDPB) atendiendo a la definición dada en el Reporte del año 1980, y dentro de esa gran conjunto de entidades, suele destacarse tres principales grupos:

4. Organismos de carácter ejecutivo: a las que se le asignan las funciones tanto de regulación y de carácter operativo, así como de actividades culturales, científicas y algunas actividades que sean consideradas de carácter comercial o semicomercial.
5. Organismos asesores: Como su nombre lo indica, su principal funcional es la de asesorar sobre temas específicos y conformado por expertos en diferentes áreas.
6. Tribunales: Encargados de funciones de carácter judicial o cuasijudicial.

El número de *boards* aumentó considerablemente cuando, en 1968 el Comité Fulton quien elaboró y presentó el *Report of the Fulton Comitee*, en el que expresa de manera contundente que se hacía necesario mejorar la eficiencia de los departamentos ministeriales y establecer con claridad qué actividades necesariamente debían ser realizadas por los departamentos ministeriales y cuales se desarrollarían por fuera de estos. Como resultado de este informe se crean nuevos organismos como producto de la nueva distribución competencial de las funciones de los ministerios<sup>614</sup>.

No obstante, desde el 1978, han sido recurrentes los estudios donde se cuestiona el excesivo número de *boards*, precisándose que contaban con un alto nivel de autonomía que hacía imposible controlar por alguna media su actividad. Por ello el Gobierno conservador de Margaret Thatcher encomendará la realización de diversos informes con el fin de determinar cuáles de estas entidades deberían ser suprimidas<sup>615</sup>. En este mismo año como precisa SALVADOR MARTÍNEZ, aludiendo al informe elaborado por Sir Leo Plaitsky en su “Informe sobre organismos no departamentales” que acuñó este término en la literatura especializada sobre Autoridades Independientes, sobre el particular indica: “*se utilizó por primera vez el nombre de quangos (siglas de quasiautonomous non governmental organisations, literalmente, organizaciones no gubernamentales cuasi autónomas) para hacer referencia a ese grupo de boards con el nivel más alto de autonomía*”<sup>616</sup>.

Vale la pena mencionar las reformas realizadas en la década de los 90 respecto de los *quangos*<sup>617</sup>, siguiendo las recomendaciones dadas en cuanto al régimen de nombramiento, la

---

<sup>613</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 137.

<sup>614</sup> MAER, LUCINDA. *Quango. Standard...* Op. cit. 8 y ss. Quien destaca la importancia del mencionado informe, donde se precisaba el fenómeno al que había recurrido el Gobierno de transferir cierto tipo de funciones a entidades públicas, las cuales no contaban con un régimen definido de responsabilidad como de corresponsabilidad, lo cual ameritaba que realizara una revisión del sistema. Como indica la autora, dicho informe preciso:

...we see no reason to believe that the dividing line between activities for which Ministers are directly responsible, and those for which they are not, is necessarily drawn in the right place today. The creation of further autonomous bodies, and of the drawing of the line between them and central government, would raise parliamentary and constitutional issues, especially if they affected the answerability for sensitive matters such as social and educational services... We think, however, that the possibility of considerable hiving-off should be examined, and we therefore recommend an early and thorough review of the whole question.

<sup>615</sup> De esta primera etapa, vale la pena destacar el informe denominado *Report on Non-Departmental Bodies*, donde se realizó una clasificación de los *quangos*, en razón de las funciones encomendadas, naturaleza y la problemática derivada por su existencia y la creación de la *Rayner Unit o Efficiency Unit*, a la cual le fue encomendado revisar todo la administración y la prestación de los servicios por parte de las entidades. Esta comisión elaboró un informe titulado *Next Steps Report On Ibbs Report*, en que se precisa que debe existir una separación entre la toma de decisiones políticas y la ejecución de las mismas y delimitar y limitar la responsabilidad de los ministros circunscribiéndola a los resultados por parte de todas las dependencias vinculadas o adscritas al Ministerio y no haciéndolo responsable del curso normal de las actividades que desempeñaba diariamente.

<sup>616</sup> HOLLAND y FALLON. *The Quango Explosion...* Op. cit. Pp. 1.

<sup>617</sup> LEO PLIATZKY. “*Quangos and ...*” Op.cit. Pp. 556 “*The special feature common to these bodies is that they are non-Departmental and, so far from their being altogether non-Governmental, one of the reasons given for concern about them is that they may represent not only a spread of patronage but a concealed*



gestión y responsabilidad de los consejeros, y de la incidencia que tuvo el Informe Nolan, respecto aspectos tales como la transparencias y los criterios mínimos de conducta de las entidades públicas en la que se incluyó los *quasi autónomos non governmental*, al cual haremos referencia posteriormente. Este informe a tener bastante injerencia en los gobiernos de los Primeros Ministros John Major y Tony Blair, los cuales introdujeron medidas tendentes a que las recomendaciones prevista en el Informe Nolan fueran adoptadas en la Administración Británica, para lo cual se adoptó el Código de Prácticas para los cargos públicos y las funciones en cabeza del Comisario de Nombramientos Públicos encargado de verificar los nombramientos de los integrantes de los *quangos*.

A pesar de las medidas adoptadas, el crecimiento y coste de los *quangos* en el Reino Unido requería de una reforma profunda, donde se simplificara la administración y analizara si era necesario recurrir a la creación de nuevos entes naturaleza independiente para el desempeño de diversas funciones<sup>618</sup>.

El año 2010, se anunciaron nuevas reformas, como producto del estudio realizado a los diferentes organismos públicos, donde se concluyó que las administración británica contaba con un sin número de entidades, las cuales podrían ser fusionadas en otros cuerpos, otros podrían ser sometidas a una reforma sustancial al tiempo que pudieran mantener su estado actual y otras podrían estar sujetas a revisión permanente. Es este mismo año se presentó *The Public Bodies Bill* [HL] 2010-11 ante la Cámara de los Lores, como el principal instrumento legislativo para introducir cambios en los organismos públicos que figuran en la revisión. Este proyecto de Ley permite a los Ministros, como principal atribución poder suprimir, fusionar y transferir funciones desde y hacia determinados organismos públicos enumerados en los anexos del proyecto<sup>619620</sup>, lo que permitirá tener una mayor eficiencia, eficacia y economía en el

---

*growth of government which does not show up in the size of the civil service. Moreover the description quasi-autonomous is not generally apposite and would be particularly misleading in relation to tribunals if it were to imply that they had less than full judicial independence."*

<sup>618</sup> MAER, LUCINDA. *Quango. Standard...* Op. cit. Pp. 9 y ss, donde se puede observar de manera detallada el incremento de este tipo de entidades y su coste, precisándose que gran parte del presupuesto de estas entidades proviene directamente del Gobierno.

<sup>619</sup> *Ibidem*. Pp.1 y ss. Dicha propuesta tiene como antecedente, el discurso pronunciado en septiembre de 2009 por el Primer Ministro inglés, en el que se comprometió a realizar una revisión de todos los *quangos*, precisando que para que un *quango* exista en el ordenamiento jurídico debe estar justificada y pasar uno de las tres pruebas para su permanencia o supresión:

- ¿Se comprometen una operación técnica precisa?
- ¿Es necesario para decidir con imparcialidad que hacer sobre la distribución del dinero de los contribuyentes?
- ¿Las materias sometidas a su análisis, requieren de procedimientos transparentes e independientes de la injerencia política?

<sup>620</sup> Los anexos, enumeran de forma detallada la forma en que se habilita al Ministro del ramo a suprimir las entidades que una vez realizada la prueba, no justifican su existencia:

- Organismos que el Ministro tendrá el poder de abolir se enumeran en el Anexo 1
- Cuerpos sometidos al poder de fusionar se enumeran en el Anexo 2
- Organismos sujetos a la facultad de modificar las disposiciones constitucionales (es decir, cambiar la estructura o la gobernanza de estos órganos) se enumeran en el Anexo 3
- Organismos sujetos a la potestad de modificar los acuerdos de financiación (por ejemplo, permitiendo que los organismos públicos cobra) se enumeran en el Anexo 4

ejercicio de las funciones públicas, y garantizar la rendición de cuentas correspondiente a los ministros en el ejercicio de dichas funciones, así como la unificación de entidades que cumplan la misma función reguladora, implicando una reducción de costes<sup>621</sup> y un sistema de rendición de cuentas, a pesar de que este último mecanismo no sea el más útil para la reforma, ya que se considera que el problema se circunscribe al sistema de responsabilidad ante el Parlamento y el Gobierno y designación de sus integrantes, especialmente el papel del Comisionado<sup>622</sup> creado para los nombramientos, el fortalecimiento de su papel y la discrecionalidad que puede tener el Ministro en el proceso de selección.

La proliferación de entidades y la no estructuración sistemática de los mismos, ha hecho que el control que deberían tener los diferentes poderes sobre estas entidades sea muy complejo, pues el estatuto legal de estos y sus funciones son tan confusos que generan un control judicial sin coherencia, de esta forma, un procedimiento judicial que es válido para unos *quangos* para

- 
- Organismos sujetos a la facultad de modificar o transferir funciones se enumeran en el Anexo 5
  - Cuerpos donde un ministro que tienen el poder de adoptar disposiciones de orden que le autorice a delegar todas o algunas de sus funciones a una persona elegible se enumeran en el Anexo 6
  - Anexo 7 se especifican los organismos y oficinas que están sujetos a la potestad de añadir a las otras listas.

<sup>621</sup> MAER, LUCINDA. *Quango. Standard...* Op. cit. 7. “The Bill stipulates the objectives to which the Minister must have regarded when making Orders to merge, abolish, transfer functions or modify constitutional arrangements of public bodies. The Explanatory Notes to the Bill list these as:

*...achieving increased efficiency, effectiveness and economy in the exercise of public functions; and securing appropriate accountability to Ministers in the exercise of such functions. The Minister may for example, therefore, make an order to merge two regulatory bodies having regard to increasing their efficiency through eliminating a duplication of their functions.*

*There are also provisions in the Bill relating to environmental bodies in Wales and powers in relation to the functions of the Forestry Commissioners.”*

<sup>622</sup> Producto del Informe Nolan, se crea el Comisario de Nombramientos Públicos, y no se encarga de regular los procesos de nombramientos en relación a todos los cargos públicos. Los cargos públicos que son competencia del Comisionado son los que figuran en el anexo de la Orden pertinente Nombramientos Públicos en el Consejo, y los especificados por el Ministro de la Oficina del Gabinete por instrumento escrito como pertenecientes a su ámbito de competencias.

En la actualidad los tipos de organismos públicos que son competencia del Comisionado son:

- Ejecutivo no departamentales organismos públicos;
- Asesores no departamentales organismos públicos;
- Organismos de salud;
- Corporaciones Públicas;
- Las autoridades públicas de radiodifusión;
- Reguladores de ciertos servicios públicos;
- No Departamentos Ministeriales;
- Parque Nacional Las autoridades en Inglaterra y Gales, y
- Juntas de Conservación de Espacios de Outstanding Natural Beauty.<sup>66</sup>

Según el Código del Comisionado, el procedimiento con consiste en consultar a los ministros en la etapa de planificación, precisándole los criterios de selección y la forma en que el proceso de nombramiento se lleve a cabo. Una vez que el panel ha seleccionado los candidatos elegibles, los ministros se les da una opción, para que estos realicen la selección. Dependiendo de la preferencia ministerial al comienzo del ejercicio, los candidatos pueden o no pueden ser clasificados por orden de mérito.

otros no lo es<sup>623</sup>. Sin embargo, este tipo de entidades a pesar de su proliferación, cuentan con una serie de elementos más o menos homogéneos:

- d) Su no-pertenencia a ningún departamento ministerial,
- e) La autonomía, proveniente de los conocimientos de sus integrantes, o “autonomía de los especialistas”<sup>624</sup>
- f) Sus funciones se aplican en sectores específicos, lo que lo convierte en las máximas autoridades en estos sectores.

Muchos gobiernos conservadores, en las últimas décadas, han aunado esfuerzos para suprimir la mayor parte de los *quangos* que consideren innecesarios, para lograr la privatización del sector público y de allí la proliferación de informes dedicados analizar no solamente el origen e importancia de este tipo de entidades, los posibles mecanismos para su supresión o reducción y las relaciones y sistemas de control respecto al Gobierno y al Parlamento.

### **c. Argumentos a favor de la existencia de los quangos**

Se podría decir que, el denominador común de este tipo de agencias, se encuentra en que su creación está marcada por el objetivo, de colocar fuera del alcance del control político a importantes áreas de la administración pública, y al igual que el sistema americano, su creación es consecuencia de la introducción de ideas de intervencionismo estatal y de la preocupación del Estado por proteger mediante un papel activo a ciertas esferas de la sociedad, “*los Quangos responden a la tradición de hacer participar a los sectores implicados en la gestión de las políticas, beneficiándose de una amplísima autonomía y discrecionalidad*”<sup>625</sup>.

Las justificaciones que estos organismos utilizan para la creación de estas autoridades independientes, son esencialmente tres grandes aspectos:

#### **a. Eficacia:**

Se argumenta que, los *quangos* presentan ventajas frente a los departamentos ministeriales, los cuales permiten cumplir de forma más eficiente con sus funciones, debido al fuerte sistema de controles y procedimientos previstos en la estructura departamental. Lo cual deriva en un entorpecimiento en las actividades por la ausencia o inexistencia de personal cualificado para el desempeño de las tareas encomendadas, sin dejar de lado la influencia política que se presenta en un sistema jerarquizado, que interfiere negativamente en el actuar de aquellos<sup>626</sup>.

---

<sup>623</sup> LEON MARTINEZ, ANGÉLICA MARÍA. “2010. Modelo para armar: Regulación de las comunicaciones y tecnologías de la información”. Tesis de Grado para optar por título de Abogado. Universidad Externado de Colombia. 2009.

<sup>624</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso de la...* Op. cit. Pp. 52.

<sup>625</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes...* Op.cit., Pp. 60.

<sup>626</sup> FLINDERS, MATTHEW y SMITH, MARTIN. “Realising the Democratic Potential of Quangos”. En VVAA: *Quangos, Accountability and Reform: The Politics of QuasiGovernment*, Matthew Flinders and Martin Smith (eds.).1999. Quienes precisan que los *quangos* además de prestar los servicios de manera

Por lo tanto, este tipo de actividades, que requieren de especiales conocimientos técnicos, serán reguladas de forma más eficiente si se hace por parte de personal cualificado, alejado de la compleja organización departamental y las implicaciones jurídico-políticas que genera actuar desde un departamento ministerial y los avatares políticos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, el argumento de la eficacia ha sido utilizado tanto para la creación de este tipo de entidades como para la supresión de los mismos<sup>627</sup>.

En síntesis, como lo precisa MACLEAVY<sup>628</sup>, la creación de los *quangos*, responde a un sistema de división de responsabilidades funcionales del Estado en un conjunto amplio de entidades, mediante las cuales Gobierno ha logrado mejorar la prestación de los servicios, logrando un efecto 'despolitizar', a través de un personal especializado.

#### b. La neutralidad política:

Se argumenta que, existen ciertas actividades que deben estar al margen de intervenciones políticas<sup>629</sup>, pues tras de éstas se esconden principios y derechos de especial protección que deben ser regulados, de forma independiente, por los cambios políticos que se puedan presentar. Se hace necesario prestar ciertos servicios, sin presión política alguna, ya sea por parte del Gobierno o del Parlamento, pues se requiere la mayor neutralidad o imparcialidad posible, con lo que se hace necesario que, este tipo de funciones no sean atribuidas a organismos independientes de los órganos que tienen el poder político dentro del Estado, por esto se afirma que las *quangos* son *bodies wick are at arm's length from the government* (organismos fuera del alcance del Gobierno)<sup>630</sup>. Bajo este criterio se han creado varias

---

eficiente y en mejores condiciones que el Gobierno, han sido creados particularmente para dar solución a diversos problemas políticos:

*... [Quangos] exist in time and in particular political relationships which are dynamic. Different governments want quangos for different reasons and this dictates the form they take and the mechanisms for control that exist. In the 1970s quangos were a way of opting out of difficult political problems, in the 1980s they were seen as a way of reducing the power of local authorities and of making government more effective and thereby less expensive. Labour in the 1990s seems to want to make them more democratic and open, but we have to examine what the Labour government sees as the purpose of quangos. If the goal is taking government closer to the people, then issues of accountability will be central. But if they exist to divert political flak from government, issues of democracy and openness will fade into the background...*

<sup>627</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARIA. Op. cit. 55. Es uno de los aspectos en los que más énfasis se ha centrado la mejora de este aspecto, para lo cual se han elaborado diferentes informes y reformas a garantizar que el administrado pueda satisfacer todas y cada una de sus necesidades. En particular la autora destaca sobre este aspecto lo siguiente “La mejora de la eficiencia ha sido el objetivo con el que se ha justificado la importante reforma que en las últimas décadas, desde el informe Fulton, ha sufrido la Administración británica. De ella son fruto las Next Steps Agencies y numerosos quangos. Esta reforma se ha centrado, sobre todo, en cuatro puntos: especial atención a los resultados, especial énfasis en las necesidades del administrado, que ahora es el “cliente”, tendencia a la desconcentración y a la descentralización, y gestión eficiente de los recursos humanos y materiales”.

<sup>628</sup> MACLEAVY, JULIE. “The Quango Debat” ...Op. cit. Pp. 8.

<sup>629</sup> LEON MARTINEZ, ANGÉLICA MARÍA. “2010. Modelo... Op. cit. 20.

<sup>630</sup> AZURMENDI, ANA, DE LA IGLESIA CHAMARRO, ASUNCIÓN, MUÑOZ SALDAÑA, MERCEDES y SALVADOR ARMENDÁIZ, M. AMPARO. Estudio. El Consejo Audiovisual. Sus funciones

entidades y la finalidad que lleva implícita su creación como lo puede ser la que un ente independiente para que preserve los derechos y libertades, que se regulen de manera específica ciertos mercados, entre otros.

c. La especialización técnica:

Este argumento es esencialmente usado cuando la autonomía, de la que se va a dotar a la autoridad en cuestión, está justificada en que las funciones a desarrollar por ésta, tienen una cualificación y especialización técnica que hace necesaria que, el sujeto encargado de la misma tenga especiales conocimientos que le permitan desarrollar de manera eficiente sus funciones reguladoras. Convirtiéndose en la mayor aportación de este modelo, pues precisa que la especialidad y los conocimientos en un determinado sector, que repercuten directamente en el desarrollo y en la dinámica regulatoria, ajena a las precisiones políticas. Adicionalmente, se entiende que la finalidad de estos entes es contar con personas de alto nivel provenientes del sector privado, los cuales atendiendo a su experiencia y formación pueden aportar valiosas y nuevos conocimientos que pueden enriquecer la labor de estas entidades<sup>631</sup>.

**d. Argumentos en contra de la existencia de los quangos**

Las principales críticas se refieren a la falta de información sobre los *quangos*, a la ausencia de mecanismos efectivos de control político y la legitimidad de estos organismos. Son críticas que se centran en el origen no democrático del sistema de *quangos*, pues en un sistema como el inglés: *un organismo encargado de ejercer funciones públicas debe responder políticamente por su actuar*, aspecto que no puede hacerse extensible a este tipo de entidades particularmente por el principio de *arm's length*, lo cual conduce a que exista una merma en los controles aplicables a este tipo de entes a diferencia de lo que sucede con los organismos que pertenecen

---

y *Competencias en el contexto europeo de regulación del sector audiovisual*. COAN. Publicaciones del Consejo Audiovisual de Navarra 5. 2008. *Arm's length principle*. es un principio que se invoca a menudo para evitar la influencia indebida del gobierno en este tipo de órganos, ya que este tipo de entidades son independientes tanto administrativamente y presupuestariamente, y cada uno disfruta de una verdadera separación legal y constitucional del control ministerial, garantizándose así su neutralidad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones encomendadas, como son:

1. Proteger la Constitución,
  2. Regular las grandes empresas y
  3. Ofrecer una amplia gama de funciones ejecutivas y de asesoramiento de expertos a los diversos sectores.
- En igual sentido, SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op. cit. Pp. 55 y GASH, TOM, MAGEE, SIR IAN, RUTTER, JILL and SMITH, NICOLE. *READ BEFORE BURNING Arm's length government for a new administration*. Institute for Government. 2010

<sup>631</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen I. Normas de conducta en las instituciones públicas...* Pp. 108. Párrafo 125 “Recomendamos que todos los miembros nuevos de las juntas directivas se comprometen en su nombramiento a recibir información específica a la toma del cargo que incluya el conocimiento de los valores del sector público y las normas de honestidad de conducta y responsabilidad”.

dentro de la estructura ministerial<sup>632</sup>, más aun cuando la proliferación de estas entidades pueda afectar la coordinación la política pública y disminución de la capacidad estratégica para la ejecución de la misma<sup>633</sup>; es por esto, que se han elaborado múltiples informes analizar los diferentes aspectos de los *Quangos*, destacándose el informe Nolan<sup>634</sup>, que alude a una serie de problemas e inconvenientes de estas entidades reportan para el sistema jurídico inglés.

Al igual que los argumentos a favor de estas entidades, las críticas que estos han recibido pueden clasificarse en tres esenciales criterios<sup>635</sup>:

a. La escasa transparencia:

Se concretan estas críticas en la falta de publicidad, tanto de los procesos para establecer la creación de un *quango* como en el funcionamiento de los mismos y particularmente en la forma de designación de sus miembros<sup>636</sup>, de la injerencia partidista en la gestión y en los procedimientos internos de cada *quango*<sup>637</sup>, sin dejar de lado la afectación del papel del Parlamento y el clientelismo político que puede derivar en problemas de corrupción en este tipo de autoridades paraestatales<sup>638</sup>.

<sup>632</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes... Los entes* Op.cir. Pp. 60.

<sup>633</sup> HOLLAND, PHILIP. "The Quango in..." Op. cit. Pp.3. "No controls register of official bodies existed and no single Minister knew how many bodies were in existence. Indeed many departmental Ministers were ignorant of precisely how many such bodies had been established by their predecessors."

<sup>634</sup> Nombre que recibe en honor al Presidente de la comisión Lord Nolan.

<sup>635</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes... Los entes* Op. cit. Pp. 81 y ss.

<sup>636</sup> BELL, JHON. "L'expérience anglaise..." Op. cit. 406, quien precisa que uno de los principales inconvenientes de estas instituciones correspondía de nombramiento de los miembros por las prácticas clientelistas y la escasa representación de la comunidad, para lo cual precisa: "La nomination des membres. Comptetenu de l'importance des NDPBs, le grand publicredito ute le développement du clientélisme et craint que le gouvernementne place sesparti sans plutôt que de faire appelleaux représentants des intéressés ou à des personnesdot éesd'unevéritable expertise. Tony Wright appellece processus le «quango-stuffing». La réaction du gouvernement conservateur à cette opinion fut la créationd'une commission d'enquête, le « Committee on Standards in Public Life », présidé par unjuge de la Chambre des Lords, le Lord Nolan. En 1995, le premier Rapport Nolan sur la déontologie de la vie publique a proposé sept. principes de compórtenme des persones engagées dans la vie politique et dans le service public. Parmi ces principes, trois sont une importance capitale :

1. L'intégrité : l'absence de lien financierou autre susceptible d'exercer une influence indue sur les décisions;
2. L'objectivité : toute décisiono unomination do itêtre fondée sur les critères objectifs ;
3. La transparence: les motifs et les décisions do inventêtrerendus publics et le public a droit à l'accès à tout documentsauf si l'intérêt général exige impérativement qu'il en a ille autrement."

<sup>637</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen 1. Normas de conducta en las instituciones públicas...* Pp. 78 "Durante nuestro trabajo nos hemos encontrado con distintos tipos de preocupaciones respecto a los organismos paraestatales. En este informe hemos estudiado de forma especial las siguientes cuestiones:

- Si los nombramiento se ven influenciados de forma indebida por consideraciones políticas de partido;
- Si existe la suficiente transparencia tanto en los nombramientos como en los procedimientos de los organismos paraestatales;
- Si se está haciendo lo suficiente para mantener los niveles de honestidad."

<sup>638</sup> LEO PLIATZKY. "Quangos and ..." Op.cit. Pp. 557, citando HOLLAND, PHILIP. 'QUANGO, QUANGO, QUANGO', quien considera que los Quangos, responde a una estrategia ministerial, para limitar la autoridad del parlamento y de ser un fortín del Gobierno. "Ministers have discovered that the system can be used for

En lo que corresponde al nombramiento de los funcionarios se entiende que antes de la elaboración del Informe Nolan<sup>639</sup> (a pesar de existir un antecedente doctrinal donde se precisaba de este problema), existía un forma de designación de manera no se realiza en virtud de lo méritos, sino por razones políticas por parte del Ministro, atendiendo de su alto grado de discrecionalidad y la injerencia mínima o casi nula del Parlamento en los nombramientos. Esta forma de nombramientos transgrede el principio de promoción característico de la Función Pública Británica, donde se atiende a los méritos de los candidatos, ajeno a cualquier práctica clientelista, aspectos que ya habían sido cuestionados con anterioridad por parte de los miembros del partido conservador, en el sentido de afirmar que era necesario e indispensable adoptar medidas para mejorar el sistema de designación y de esta manera garantizar la transparencia<sup>640</sup>.

El informe atendiendo a la situación que se presentaba y las tesis a favor y en contra de la forma de designación, en el documento se indica que la injerencia de los Ministros es notoria en la forma de designación y nombramientos, lo que implicaba una concentración excesiva de poder, sin dejar de lado los escasos controles que existían sobre el ejercicio del poder. Lo que se busca es el que las decisiones que se adopten se sustraigan de cualquier tipo de interés o razones políticas, de cara a los ciudadanos. Ahora bien, ¿cuál era la forma de garantizar la transparencia en la designación de los nombramientos y el órgano competente?

---

*shedding personal responsibility, rewarding friends, expanding the corporate state, diminishing the authority of Parliament, and enabling themselves to retain a measure of control over the interpretation of their own statutes. On its present scale, the vast and complex network of QUANGOS encourages an abuse of patronage and invites corruption."*

<sup>639</sup> *Ibíd.* Pp. 81. Donde se precisa antes de este informe el Gobierno había realizado una revisión a cargo de la Unidad de Nombramiento Públicos (PAU), donde se indicaba que si bien existía una Guía de Procedimientos sobre Nombramientos Públicos, no era aplicada de manera uniforme, de allí que era necesario que la guía contará con otros mecanismos para lograr que todos los procedimientos para la designación se realizaran de igual forma y de la mejor manera: La medidas propuestas en esta revisión eran:

- *Mejorar la transparencia del proceso, documentando los procedimientos y registrando las razones de las decisiones de los ministros y funcionarios;*
- *Ampliar la gama de métodos utilizados para lograr candidatos, incluida una propuesta en favor de hacer la publicidad y utilizar búsquedas activas cuando sea necesario;*
- *Logar una mayor transparencia haciendo públicos los nombramientos y poniendo a disposición del público las lista de las personas nombradas;*
- *Aumentar el rigor del proceso de utilizado de forma sistemática referencias y entrevistas;*
- *Garantizar normas de probidad mediante la temprana identificación de posibles conflictos de interés.*

<sup>640</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 152. Cita 25 HOLLAND, P., FALLON, M., *The quango explosión*, Conservative Political Centre, 1978, p 25, quienes en el año 1978 analizaron el fenómeno de los *quangos* y proponían una serie de reformas respecto al sistema de nombramientos "a) *que el sistema de nombramientos debáis ser público, teniendo los Ministros una mayor responsabilidad ante el Parlamento;* b) *el número de nombramientos que recibían remuneración, realizados por un Ministro, debería ser limitado;* c) *todos los nombramientos de cargos a tiempo completo deberían ser objeto de publicidad y, a su vez éste debería ser confirmado por un Comité parlamentario;* y d) *los nombramiento basados únicamente en consideraciones políticas deben cesar"*.

El informe alude a la posibilidad que la potestad de designación podía mantenerse en el Ministro o en un ente independiente, encargado de ocuparse de estos nombramientos<sup>641</sup>, pero se recomienda que la decisión para designar a los miembros de los *quangos* recaiga en los Ministros, para lo cual sugiere un conjunto de reglas respecto al conflicto de intereses y los eventos en los cuales el Ministro debe apartarse del cargo para que otro Ministro pueda encargarse de la designación<sup>642</sup>. Si bien el poder de decisión recae en el Ministro<sup>643</sup>, se precisa que es necesario que establezcan una serie de garantías efectivas, con un marco adecuado y sólido; y que se cuente con controles o medidas de control, en particular que los nombramientos se realizaran dentro de los límites establecidos en la ley. Asimismo, se indica los nombramientos que se realicen deben realizarse atendiendo a los méritos y capacidades (aspectos que pueden cuestionarse, atendiendo a que la designación de algunos miembros

---

<sup>641</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen 1. Normas de conducta en las instituciones públicas...* Pp. 83. Párrafos 26 a 29. La propuesta alternativa precisaba que podía considerarse que un organismo independiente e imparcial, se encargara de los nombramientos, en el entendido que los nombramientos que fueran realizados por parte de los *quangos* y las *agencias* fueran supervisados por parte de una comisión de funcionariado, particularmente cuando fueran cargos de alto nivel. Adicionalmente, tendría la ventaja respecto al sistema de control, en el entendido de que el Parlamento podría exigir responsabilidad del ministro en el caso de inconvenientes originados con la designación y de esta manera cesarlos. Los opositores a este sistema, aluden a que resultaría difícil diseñar un medio adecuado de vigilancia democrática, atendiendo a que sería imposible que se pudiera dar un adecuado y efectivo control por parte de la Cámara de los Diputados particularmente en los nombramientos importantes.

“28. Existen otras dificultades potenciales para la existencia de un organismos independiente. Tendría que ser aceptado y reconocido a nivel, algo que probablemente no se conseguiría ni rápida ni fácilmente cuando se le encargasen nombramiento para puestos políticamente controvertidos. Si los ministros dejan de intervenir en el proceso de selección final, podría verse disminuida su capacidad de convencer a profesionales en puestos relevantes fuera del sector público para que aceptaran compromisos mal remunerados.

29. En conclusión, no nos parece que haya suficientes pruebas que justifiquen el cambio. Algunos argumentos en favor de un sistema de nombramientos imparcial e independiente son convincentes, pero existen dificultades prácticas que no pueden superarse de momento. El control que ejerce el Parlamento es un principio constitucional importante que no queremos debilitar.”

<sup>642</sup> Ibidem. Pp. 84. Párrafo 30. “Cuando un ministro se encuentre con un conflicto de interés- ya sea financiero o porque entre los candidatos principales haya un amigo, pariente o socio- es evidente que el ministro debe retirarse, y confiar la decisión a otro ministro. Aunque el conflicto de interés no sea tan evidente cuando se trata del amigo, pariente o socio de otro ministro, creemos que en estos casos los ministros sólo deberían hacer los nombramientos después de haber pedido consejo al Secretario Permanente del ministro. Nos parece oportuna la decisión del gobierno de publicar una guía de orientación más clara para ministros para garantizar que las razones que justifiquen los nombramientos en esos casos puedan exponerse y documentarse frente a las especificaciones del puesto. Toda esta información podría entonces revisarse.”

<sup>643</sup> SKELCHER, CHRIS. “Reforming the Quangos”. En VVAA: *The Political Quarterly*, 01/1998, Vol. 69, Número 1. Pp. 41 – 47. Donde se analiza, de forma detallada los principales aspectos de la reforma de los Quangos, producto de las sugerencias y cambios propuestas en el Informe Nolan de 1995, destacándose la creación de códigos de conducta para evitar los conflictos de intereses, de parámetros en la designación de los miembros, aspectos tenidos en cuenta en la reforma propuesta del partido Conservador de reducir o simplificar el modelo previsto para este tipo de entidades, y tal vez lo más importante que sus actuaciones fueran transparentes.



pueden responder a factores políticos)<sup>644</sup>, atendiendo a que exista un equilibrio de aptitudes y perfiles<sup>645</sup>, principio que opera en todo el Sistema Británico, en particular se indica:

*“El Gobierno defiende el principio de que la selección para los nombramientos públicos debería hacerse en base a los méritos, eligiendo personas cuyas cualificaciones, experiencia y cualificaciones, experiencia y cualidades satisfagan las necesidades del organismos público y del cargo en cuestión”*<sup>646</sup>

Para concretar este principio de selección, se aluden a dos criterios fundamentales, la consideración política y el principio de equilibrio

Consideraciones políticas (political affiliation)	Equilibrio
<p>El principio general es que los miembros que sean designados deben estar comprometidos con los objetivos de la entidad, de allí que puedan derivarse acuerdos para que su actividad se adecue dentro del marco de las políticas y recurso establecidos por el Ministro (Es decir, lo que se busca es las designaciones no afecten los programas tanto de los ministros como los del Parlamento), de allí que no sea fundamental o imprescindible que los miembros tengan una orientación política determinada y o que comparta la misma orientación política del ministro.</p> <p>Pero también se exceptúa, que atendiendo a la naturaleza del organismo público, sean necesario contar con personas que tengan filiación política, o que los diversos partidos políticos se vena representados en este tipo de comisiones, como sucede con la Lotería Nacional o los Jueces de Paz.<sup>647</sup></p>	<p>Partiendo de que no es indispensable para los nombramientos aspectos como la filiación política, ni tampoco que determinados cargos sean cubiertos por partidarios que apoyan al gobierno, ni la existencia de un equilibrio político en los nombramientos a los NDPB ejecutivos o a los organismos NHS. Lo que se buscar es que la juntas ente conformadas por personas que tengan igual formación, aptitudes y conocimientos, pero cada uno con matices o particularidades, para lograr equilibrio y lograr debate y una toma de decisiones para la entidad. “Una junta que refleja la composición de la comunidad a la que sirve puede incluso disfrutar de una mayor confianza por parte de los ciudadanos, logrando de ese modo que su labor sea más efectiva”<sup>648</sup>.</p>

<sup>644</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 161.

<sup>645</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen I. Normas de conducta en las instituciones públicas.* Pp. 87. Párrafo 46. “... Sin embargo creemos que el principio está claro y recomendamos que la selección basada en los méritos tenga en cuenta la necesidad de nombrar juntas directivas en las que exista un equilibrio de aptitudes y perfiles. Tanto las bases para elegir a los miembros como la forma en que se espera que cumplan su función deberían estar muy claras (por ej.: si los miembros representan determinados intereses particulares o puntos de vista, o si han sido nombrados simplemente como personas). La gama de aptitudes y perfiles buscados debería especificarse con claridad, normalmente como parte de las especificaciones laborales preparadas para un puesto determinado, y debería ser lo suficientemente amplia para que la junta pueda debatirla.”

<sup>646</sup> Op. cit. Pp. 85.

<sup>647</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 161.

<sup>648</sup> Ibidem. Pp. 163. “Salvo en los supuestos excepciones arriba indicados, el Comité no considera que sea de ningún modo necesario o aconsejable hacer de la afiliación política un criterio para el nombramiento de cargos públicos. Más aún, desconfía igualmente de la calificación de determinados puestos como “políticos”: ‘No vemos ninguna razón de pero para denominar a algunos puestos como de nombramiento político, lo que conduciría a esperar que su provisión fuese hecha por un seguidos del Gobierno. Ni

**Cuadro 13 - Fuente Fuentetaja Pastor y Guillén Caramés - Creación Propia: La Consideración Política y el Principio de Equilibrio.**

Además la normatividad inglesa, mediante la cual se garantiza la publicidad en la actuación de los poderes públicos, existen dudas sobre la aplicación de este principio por todos *quangos*, en razón a la incertidumbre del régimen jurídico aplicable a cada una de estas entidades, pues este varía de entidad en entidad.

No existe claridad y transparencia, principalmente por la imposibilidad de que algunas de estas entidades suministren información que es de carácter público, atendiendo a que no se ha establecido con exactitud el régimen jurídico y el funcionamiento de los *quangos*, lo que genera que muchos de estos organismos escapen a cualquier tipo de control, pues al no existir un régimen jurídico claro, no se sabe con exactitud qué tipo de controles se pueden ejercer sobre estos y cuál es la autoridad encargada de realizarlos. Una mayor transparencia implicaría que estas entidades cuenten con un mayor grado de aceptación por parte de la ciudadanía y se evitaría que los miembros realizaran prácticas deshonestas.

Para una mayor transparencia, debe existir un código de transparencia aplicable a todos los NDPB y organismos del NHS, donde se indique las reglas necesarias para una buena administración, atendiendo a los matices propios de cada uno de los entes, la finalidad es que estos códigos de transparencia sean conocidos por los ciudadanos y a través de esta forma determinar qué tipo de documentos son públicos o no y la forma de acceder a ellos, así como la publicidad de ciertos asuntos que requieren análisis exclusivos por parte de los miembros de los *quangos*, (de ahí que no todas las audiencias que se realicen pueden ser públicas por su naturaleza y asunto)<sup>649</sup>.

El informe indica que es necesario que tanto los *quangos executive bodies* apoyados por los ministros responsables, cumplan con unas reglas de transparencias para lo cual indispensable que:

---

*aceptamos la idea- continúa el Comité- de que existiría una expectativa general de un equilibrio político explícito en los nombramientos de los Non Departmental Public Bodies ejecutivos y de los entes del National Health Service.' Con esta sencilla pero rotunda afirmación el Informe Nolan arremete y zanja la cuestión de lo que entre nosotros se ha dado en llamar el reparto de cuotas, cuyas nefandas consecuencias en la paralización tanto de órganos administrativos (Consejo de Radio Televisión Española...) como de órganos constitucionales (Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas...) están a la orden del día."*

<sup>648</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen I. Normas de conducta en las instituciones públicas.* Pp. 86. Párrafo 43.

<sup>649</sup> FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 197 "Hay muchos ejemplos de buena práctica en los Non Departmental Public Bodies y en el National Health Service. El Informe Nolan ha reunido las mejores características de todos estos códigos en un standard de mejor práctica para la transparencia. Reconoce el Informe Nolan que no todas estas acciones se pueden llevar a cabo en todos los entes públicos. Los entes públicos deberían buscar una mayor apertura hacia la sociedad como base de una buena administración, pero hay que buscar cierta flexibilidad para que este principio se aplique en diferentes circunstancias. El informe Nolan centra su atención en tres grandes puntos de los standards de conducta.

- a) desarrollen sus propios códigos de transparencia, basándose en el código del gobierno y desarrollando buenas prácticas según las directrices recomendadas en este informe;
- b) garanticen que todos conozcan las disposiciones de sus códigos;

*Los ministros responsables deberían*

- c) animar a los organismos ejecutivos a adoptar la mejor práctica y a mejorar la coherencia entre organismos similares, esforzándose para que todos adopten las mejores prácticas;

*La Oficina del Gabinete debería;*

- d) publicar y actualizar periódicamente una guía de orientación para los NDPB ejecutivos y organismos del NHS<sup>650</sup>.

#### b. La falta de control y responsabilidad política:

Gracias a la autonomía de la que son dotados, se ha establecido que estos no responden directamente, ni a través del Gobierno<sup>651</sup> aspectos que hemos señalado anteriormente en el epígrafe dedicado a los controles sobre estas entidades, de todas o algunas de sus actividades, *“buena parte de la doctrina considera que el régimen especial de estos organismos justifica, el escaso control político y éste es el precio que hay que pagar porque estas autoridades cumplan eficazmente su función”*<sup>652</sup>, más aun cuando la responsabilidad de estos es limitada y no se puede predicar una responsabilidad por parte del Ministerio al cual se encuentra adscrito por ser entes de carácter independiente; la responsabilidad de los Ministros solo puede predicarse como lo indican JOHNSON<sup>653</sup>, del desarrollo de la política pública realizada por parte de estas entidades, más no de las actividades que estas realizan diariamente<sup>654</sup>.

<sup>650</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volumen I. Normas de conducta en las instituciones públicas*. Pp. 123. Párrafo 123.

<sup>651</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades nacionales de reglamentación: El caso de la...* Op. cit. Pp. 52. *La autonomía que posee este tipo de entes responde principalmente a las funciones que tengan atribuidas Sin embargo, la responsabilidad ministerial que se pudiera suponer ante las actuaciones de este tipo de entes está más bien atenuada, puesto que ante el Parlamento sólo responden los ministros en determinadas situaciones.*

<sup>652</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op.cit, Pp. 82.

<sup>653</sup> JOHNSON, NEVIL. *“Quangos and the structure of British Government”*, En VVAA: *Public Law*, Winter, 1979. Pp. 379-395. *“This is an appropriate bridge to accountability, a problem which has at least three main aspects: relations with ministers, with Parliament and with the courts. It is widely believed that the responsibility of ministers to Parliament even for their own departments has been seriously eroded, especially since 1945. The tendency to entrust functions to non-departmental bodies is held to dilute responsibility to Parliament still more, since after all the minister is then no longer directly concerned with whatever functions have been consigned to a body other than his department. He may indeed expressly desire to keep out of the affairs of quangos within the ambit of his department, arguing that to behave otherwise is merely to frustrate the whole purpose of this way of organizing public services”*.

<sup>654</sup> MACLEAVY, JULIE. *“The Quango Debat”*...Op. cit. Pp. 9 y ss. La principal crítica del “estado quango”, es que una serie de funcionarios no electos tienen asignada la responsabilidad de desempeñar funciones de autoridad central y local, y carecen por completo de un sistema de rendición de cuentas. políticos electos. En este estudio incorpora un listado de preocupaciones por la creación de estas entidades y el debilitamiento tanto el papel de los ministerios y del Parlamento, dichas preocupaciones son:

En lo que corresponde al control parlamentario, se entiende que al no pertenecer a la estructura de un Ministerio, el Ministro no es constitucionalmente responsable ante el Parlamento de la gestión realizada por parte de los *quangos*, lo que se entiende como una responsabilidad de carácter limitado, a pesar de algunos intentos que se han dado por parte del Parlamento de que los Ministros se inmiscuyan en la gestión de estos entes, pero como se ha precisado anteriormente la responsabilidad se deriva solo de la política pública que ejecuta de alguna manera el propio *quango*<sup>655</sup>.

Sin embargo, hay quienes no opinan de esta forma, ven con malos ojos que dentro de la estructura del Estado existan entidades que realicen funciones eminentemente públicas sin establecer mecanismos de control por parte del Estado.

No obstante esta crítica pierde fuerza en un sistema como el inglés, pues tal como quedó esbozado en un principio, este sistema no está precisamente cimentado en un esquema jerarquizado, del que se deduzca la responsabilidad como el control jurídico efectivo de los órganos administrativos del Estado.

A pesar de lo anterior, hay una serie de mecanismo e instrumentos tendentes a que algunas de estas entidades (particularmente por su número y por las diversas y complejas actividades que desempeñan) cuenten con un control por parte del Parlamento, destacándose el control que ejerce el *Ombudsman* encargado de ejercer la políticas fiscalizadora sobre la gestión que realicen este tipo de entes; en el caso de la *National Audit Office* encargado de la supervisión de algunos, o el mecanismo de presentación de informes al Parlamento, práctica que ha sido incorporada en los ordenamientos continentales<sup>656</sup>.

No podemos dejar de lado, el control de carácter judicial respecto a las decisiones que son adoptadas por parte de los *quangos*, control que es complejo por la diversidad de atribuciones y la especialidad de las funciones encomendadas, lo que dificulta la labor de los Jueces en determinar que las decisiones que fueron adoptadas siguiendo los parámetros legales, principalmente por su carácter técnico y la diversidad de procedimientos que cada *quango*, así como la imposición de sanciones, aspecto que es más controversial que el control Parlamentario.

- 
1. El sistema de responsabilidad
  2. Elección democrática
  3. Diversidad y participación ciudadana
  4. Independencia
  5. Clientelismo
  6. Escrutinio
  7. Desconfianza

<sup>655</sup> FUENTETGAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la...* Op.cit. Pp. 146.

<sup>656</sup> *Ibíd.* Pp. 146, quienes precisan que desde el año 1979, el Parlamento ha creado una serie de Comisiones cuyo objeto es verificar el presupuesto, la política seguida y la administración que llevan a cabo los principales entes de carácter no departamental.

### c. El problema de la legitimidad democrática

Los críticos de los *quangos* consideran, que muchas de las funciones que son ejercidas por varias de estas entidades puede conducir a un incremento de la Administración Pública<sup>657</sup>, las cuales podrían realizarse por instituciones democráticamente elegidas, en la que sus miembros fueran elegidos mediante voto popular por parte de la ciudadanía, con lo cual también quedaría solucionado el problema del control político sobre este tipo de entidades<sup>658</sup>, precisando que el proceso de elección no se realizaría atendiendo a la vertiente política sino a los méritos y capacidades de los candidatos, bajo un sistema efectivo para calificar dichas capacidades<sup>659</sup> y atendiendo al tipo de funciones que desempeña cada *quango*, se determinara el perfil de los aspirantes y los conocimientos que deben tener<sup>660</sup>.

Este sistema ha generado diferentes posturas, tendentes a ampliar la participación popular, en el sentido de algunos miembros puedan ser elegidos para determinados *quangos* o crear asociaciones o colaboraciones con asociaciones privadas, tal como lo indica SKELCHER<sup>661</sup>, donde grupos representativos de ciudadanos pueden opinar sobre determinados aspectos que estén desarrollando los *quangos locales*, lo que permitirá desarrollar un dialogo permanente y continuado. Pero todo esto se está debatiendo en el nivel local, más no a nivel nacional, donde los controles son realizados por parte del Parlamento y el Gobierno. A pesar de estas técnicas el problema de la rendición efectiva de cuentas por parte de estas entidades sigue latente<sup>662</sup>.

#### 2.1.4.3. Francia

Si bien el surgimiento de las *Autorités Administratives Indépendantes*, como categoría doctrinal se da a partir de la década de 1940 hasta nuestros días; se debe tener presente que en el sistema jurídico Francés existían órganos que contaban con ciertas particularidades similares a las

---

<sup>657</sup> LEO PLIATZKY. “*Quangos and ...* Op.cit. Pp. 556.

<sup>658</sup> LEON MARTINEZ, ANGÉLICA MARÍA. “2010. Modelo... Op. cit. 27.

<sup>659</sup> MACLEAVY, JULIE. “*The Quango Debat*”... Op. cit. Pp. 11, citando el estudio realizado por Chris Skelcher, quien precisa *The academic Chris Skelcher has argued that quango members are selected using a system of public appointment which enables Government to exert a degree of influence and/or control. In comparison with the process of public election used to select local councilors, the system of public appointment allows the boards of quangos to be composed to fit the demands of the current orthodoxy, to satisfy particular needs and/or to provide particular expertise. He argues that quango members are not haphazardly chosen by local parties and electorates (a system which may often produce a mismatched group of people that are unable to work together efficiently), rather they are selected on the basis of an individual's expertise, experience, objectivity and professionalism. The merits of board members can be determined and assessed according to official criteria and members assessed as un-cooperative may not have their appointments extended. In contrast, in some local government areas, one party may be elected for successive terms, with policies which contradict the objectives of central government.*”

<sup>660</sup> *Ibíd.* Pp. 11.

<sup>661</sup> SKELCHER, CHRIS. “*Reforming the...* Op. cit. Pp. 46.

<sup>662</sup> Se ha entendido que una de forma de participación de los ciudadanos es la elaboración de las normas, donde busca el dialogo permanente e intercambio de opiniones. La rendición implica que el organismos presente de manera detallada todas y cada una de las actuaciones realizadas, como la ejecución de su presupuesto, le gestión administrativa y el plan de acción a desarrollar.

facultades con las que cuentan las administraciones independientes<sup>663</sup>, como lo son las funciones fiscalizadoras o de enjuiciamiento<sup>664</sup>.

#### **a. Evolución histórica**

La evolución de las autoridades administraciones independientes en Francia, se enmarca en tres grandes etapas en el Sistema Jurídico Francés<sup>665</sup>:

1. 1941-1972: Surgimiento de estas instituciones. Se crean *Commission Paritaire des Publications ej agences de Presse*, *Commission Nationale de Contrôle de Campagnes Électorales*, *Commission de Opérations de Bourse*, entidades de carácter consultivo y sin contar facultades de decisión.
2. 1973 a 1978<sup>666</sup>: Hay una aceleración del proceso de creación. Se crea *MediatEur*<sup>667</sup>, *Commission Nationale du Droit de Réponse*, *Commission de la Qualité de la Radio et de la Télévision*, *Commission de la Concurrence*, *Commission des Sundages*.
3. 1978 hasta la fecha: Período en que se daba un mayor crecimiento y creación de estas entidades en el Derecho Francés, siendo considerado como un fenómeno de consolidación de estas entidades y de reacciones doctrinales en cuanto a su consolidación<sup>668</sup>. En este período se crean *la Commission des Infractions Nationale de l'informatique et des Libertés*<sup>669</sup>, *Commission d'accès Aux Documents Administratif*,

---

<sup>663</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “Las Administraciones...Op. cit. Pp. 666. Cita 30, donde precisa que la doctrina precisa la existencia de una etapa previa a la creación de las autoridades administrativas independientes como lo es la Comisión Nacional de la Informática y Libertades del año 1978. En esta etapa previa destaca la creación de la *Commission de contrôle des Banques (Ley de 13 de junio de 1941)* la *Commission Paritaire de Publications y Agencs de presse (Decreto de 29 de marzo de 1950)*, el *Conseil Supérieur de l'agence France-Presse (Ley de 10 de enero de 1957)*, la *Commission nationale de contrôle des campagnes électorales (Decreto de 14 de marzo de 1964)* y de la *Commission des opérations de bourse (ordenanza de 28 de septiembre de 1967)*.

<sup>664</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op.cit, Pp. 191.

<sup>665</sup> Ibídem., Pp. 192 y ss. En igual sentido BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés. *Ob.cit.*, Pp. 65 y ss.

<sup>666</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE RAPPORT D'INFORMATION 2010 FAIT AU NOM DU COMITÉ D'ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE DES POLITIQUES PUBLIQUES SUR. les autorités administratives indépendantes TOME I – RAPPORT PAR MM. CHRISTIAN VANNESTE ET RENÉ DOSIÈRE, Députés. 1. – Plus de 40 AAI ont été créées en France.

Depuis l'apparition de la CNIL en 1978, et surtout sur la décennie passée, le rythme de création (ou transformations) marque une nette accélération (1). On est passé d'une création tous les deux ans à une tous les ans, malgré de premiers regroupements.

<sup>667</sup> Es una de las instituciones que ha sido más cuestionadas por su naturaleza y su verdadera consideración como autoridades administrativas independientes.

<sup>668</sup> GARCIA LLOVET, ENRIQUE. “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho”. En Revista de Administración Pública. Núm. 131. Mayo – Agosto 1993.

<sup>669</sup> En la Ley de su creación, se utiliza por primera vez el término de *Autorités Administratives Indépendantes*. tal como se indica en el CONSEIL D'ÉTAT RAPPORT PUBLIC 2001 Jurisprudence et avis de 2000 Les autorités administratives indépendantes ÉTUDES & DOCUMENTS N° 52. “La paternité de la notion d'autorité administrative indépendante revient, ainsi qu'il a été dit en introduction, au législateur: c'est en effet au Parlement, en 1978, qu'une institution publique reçoit pour la première fois cette

*Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle*<sup>670</sup>, *MediatEur du Ciné*, *Commission des marchés à réglementer de marchandises*, *Commission de la Concurrence*, *la Commission nationale de l'informatique et des libertés*<sup>671</sup> (siendo una de las primeras comisiones donde el legislador decidió que una entidad diferente al Gobierno o a un Ministerio regularan un sector específico, tal como se encuentra previsto en la ley su creación y en la modificaciones sucesivas conservando la característica fundamental de ser una Autoridad Administrativa Independiente)<sup>672</sup>. Y ya en el año de 1996 atendiendo a los mandatos comunitarios y con el fin de superar los inconvenientes provenientes en materia regulatoria en el sector de las Telecomunicaciones se crea la *Autorité de Régulation des Télécommunications*<sup>673</sup>, configurada como una verdadera autoridad independiente, con poder de auto-organización, la cual viene dada por un conjunto de reglas respectivas al procedimiento, entre otras normas características de este tipo de entidades.

#### **b. Características de las Autoridades Independientes**

Las autoridades administrativas en Francia se han creado por contar con tres características fundamentales:

- La neutralidad
- Especialización técnica
- Eficacia

La problemática de la creación y proliferación de este tipo de organismos, ha generado diversidad de pronunciamientos tanto de carácter doctrinal<sup>674</sup> como jurisprudencial, sobre el

---

*qualification juridique, lors de la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) 1. Il est à noter que cette qualification a été retenue après de nombreuses hésitations sur le statut qu'il fallait donner à cet organisme, les uns prônant la création d'un établissement public sur lequel ne pèserait qu'une tutelle allégée, certains défendant au contraire la possibilité pour le Gouvernement d'user le cas échéant de son pouvoir hiérarchique de réformation des décisions d'une commission qui lui serait subordonnée, les autres envisageant de mettre en place une commission dont les décisions ne feraient l'objet que d'un contrôle de légalité par le juge 2. C'est finalement par le biais d'un amendement déposé au Sénat que la CNIL deviendra une autorité administrative indépendante et non un simple service du ministère de la Justice, comme le proposait initialement l'Assemblée nationale".*

<sup>670</sup> Creada por la Decisión núm. 84-173 DC de 26 de julio de 1984

<sup>671</sup> La CNIL a été créée par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée en 2004.

#### **Article 11**

*Modifié par la loi n°2009-526 du 13/05/2009*

*Modifié par la loi n°2011-334 du 29/03/2011*

*La Commission nationale de l'informatique et des libertés est une autorité administrative indépendante. Elle exerce les missions suivantes: ...*

<sup>672</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades nacionales de reglamentación: El caso de la...* Op. cit. Pp. 46.

<sup>673</sup> Ley 96-569

<sup>674</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades nacionales de reglamentación: El caso de la...* Op. cit. Pp. 50. En su cita 112 trayendo a colación la obra de TEITGEN-COLLY, CATHERINE. *"Les Instances de*

particular se destaca los pronunciamientos realizados por parte del *Conseil D'état*, el cual ha elaborado reportes desde el año 1982<sup>675</sup> donde se analiza la existencia y régimen jurídico de las principales particularidades de estos organismos indicando:

- Gestión Pública Objetiva, al margen de los criterios Político-Partidista
- Creación para regular los sectores específicos de trascendental importancia
- Existencia de varios centros de decisión

No se analiza si este tipo de agencias se adecuan a la Constitución. El estudio realizado tuvo en cuenta el modelo de las agencias independientes del Sistema Norteamericano o de los *Quangos* Británicos, considerando las *Autorités Administratives Indépendantes* como un modelo paralelo a este tipo de entidades; en dicho informe el Consejo de Estado legitima a las Autoridades Independientes. La justificación de la creación de estas Autoridades estaba dada por su carácter especializado y los conocimientos específicos de los miembros que lo integraban y la función de intervención en sectores sensibles o que requerían cierto grado de protección.

En el año de 1986, en el Consejo de Estado en su Rapport Annuel<sup>676</sup>, reconoce el peligro que existe en la creación indiscriminada de este tipo de autoridades, lo cual conducen a la desmembración del Estado y más exactamente del Poder Ejecutivo. En el citado informe se señala que estas autoridades cuentan con tres tipos de problemas:

- a) Funcionamiento y división de los poderes públicos: El sistema Constitucional Francés, establece que es el Gobierno el encargado de determinar y conducir la política y la Nación, por ende, dispone de la Administración y se encuentra sujeto al control del Parlamento. Las Autoridades Administrativas por ser independientes, no cuentan con un régimen específico donde se indique cual es grado de responsabilidad que se deriva

---

*Régulation et la Constitution*” RDPf, núm. 1, 1990, el reconocimiento de estas autoridades en el sistema legal tiene una serie de inconvenientes, particularmente lo que responde a las facultades reglamentarias y su vinculación con alguna de las ramas del poder público. En tal sentido se indica. “después de apuntar la nota de independencia que envuelve a las Autoridades Independientes, reconoce que existen una serie de obstáculos constitucionales que dificultan la justificación de la existencia de autoridades independientes, en general Vid. Pp.211 y ss, Pp. 153 y ss. Las principales dudas surgen en cuanto se refiere a la atribución a estas autoridades de potestades reglamentarias, así como sobre la ausencia de integración de las mismas en alguna de las categorías administrativas existentes, rompiendo la relación de jerarquía. En especial es en las pp. 173 y ss, donde se destaca que a pesar de la ausencia de monopolio por parte del Primer Ministro en materia reglamentaria, surgen series dudas en la doctrina francesa, ya que el art. 21 de la Constitución confía al Primer Ministro el cuidado de ejercer el poder reglamentario, siendo el Parlamento el que modificará esta norma de la Constitución para atribuir este poder a cualquier otro tipo entes. Más que cuestionarse la constitucionalidad o no de estos entes, la polémica se suscita en torno al tema de la constitucionalidad del ámbito funcional de éstos. Así por ejemplo la Decisión 88-248 de 17 de enero de 1989 recorta la potestad reglamentaria del CSA a favor del Consejo Constitucional. También sobre la problemática de la atribución de funciones de regulación a las Autoridades Administrativas Independientes....”

<sup>675</sup> El Consejo de Estado ha realizado diferentes informes sobre las Autorité Administrative Indépendante, destacándose los informes publicados en el año 1983, 1986, 2001 y el más reciente 2010.

<sup>676</sup> Rapport annuel del 1986 aprobado por la Asamblea del Consejo de estado el 5 de febrero de 1987 y publicado Études el Documents. Consiel d'Etat, 1987, Pp. 53-54.



por sus actuaciones, y en el acto de su creación no se precisaba los controles a los que estaba sometido, fueran estos los del Gobierno o del Parlamento.

- b) El control Judicial de sus actos: Los actos de creación de este tipo de entes no estableció los controles judiciales sobre las decisiones que ellos se adoptaron, pero, se considera por parte del Consejo de Estado que deben ser controlados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- c) En cuanto al alcance de sus poderes, se destacan: Mediación, intercesión o dictamen, decisión, reglamentación y la facultad de conferir o no Autorizaciones Administrativas<sup>677</sup>.

A parte de los criterios anteriormente descritos, y atendiendo a la estructura tradicional francesa de contar con tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), surgieron varios interrogantes en el sentido de determinar si estas podrían ser reconocidas en el texto constitucional y si estas nuevas instancias se constituían en una alternativa al sistema administrativo, evitándose tras su creación los fenómenos de captura política y privada.

Sobre el particular, no hay una doctrina uniforme respecto a la autonomía de este tipo de entidades.

Existen tesis en las que se afirma que no forman ninguna categoría jurídica, pero se indica que existen autoridades independientes con cierto grado de libertad y autonomía. En contraposición a esta teoría existen posturas que consideran que son una innovación del Sector Público, respecto a ciertos problemas planteados en determinados sectores sociales. Las teorías más osadas, consideran a este tipo de entidades como nuevos tipos policéntricos, atendiendo a que

---

<sup>677</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. "Agencias...Op.cit. Pp. 157 y ss. "Los problemas relativos a la extensión de poderes a las Agencias sean producido también en Europa. En Francia, el Consejo de Estado en 1987 entendió que las Autoridades Independientes "Constituent une catégorie non prévue par le constituant difficilement conciliable avec l'équilibre des pouvoirs mis en place par lui". Sin embargo, el propio Consejo de Estado entiende en la actualidad que la Constitución no impide que en la Administración existan diversos niveles de responsabilidad en el marco de la desconcentración o de la creación de establecimientos públicos encargados de una misión específica y que hay que tener en cuenta que la independencia de las Autoridades es relativa desde el momento que puedan ser puestas en cuestión por el Parlamento y que el Gobierno interviene en su nombramiento y en la provisión de medios. El Consejo Constitucional francés ha aceptado también la plena constitucionalidad de las Autoridades, aunque con determinadas exigencias que han delimitado con precisión sus potestades. Sus pronunciamientos se produjeron durante los 80 al hilo de la impugnación de las primera leyes de creación de las Autoridades y, aunque no entró directamente en la compatibilidad con la Constitución, reiteró en todos ellos que las Autoridades no impiden la aplicación de la regla constitucional de la responsabilidad gubernamental aunque sea atenuada, de forma que el Gobierno sigue conservando la dirección política del sector, el poder reglamentario originario y la puesta en marcha del control de legalidad ante los Tribunales. En definitiva, la aceptación de la constitucionalización ha sido a costa de su independencia y de su inclusión en la Administración del Estado".

cuentan nuevos puntos de decisión y de responsabilidad rompiendo el paradigma del modelo unitario<sup>678</sup>.

Dichas posiciones se suman a los criterios dados por la doctrina mayoritaria, que considera que son organismos sin personalidad jurídica, que forman parte del Estado por haber sido creadas por iniciativa pública y de recibir fondos públicos, no son prolongaciones ni del poder Judicial, del Poder Legislativo, y cuya única función es fijar las reglas para los sectores específicos.

En cuanto las funciones que estas desempeñan, se destacan la Regulación Social (Régulation Socialé), la regulación económica, sumada a las funciones normativas, ejecutivas.

### **- Regulación Social (Régulation Socialé)**

Su tarea es mantener un equilibrio social de carácter sostenido, de acuerdo con las finalidades previstas en la Ley, en particular la de proteger los intereses de los ciudadanos frente a los poderes sociales de todo tipo, incluido los públicos<sup>679</sup>.

### **- Regulación Económica**

Cuenta con diversidad de mecanismos de control estatal sirviendo como instrumento del poder público, ordenación de un sector en general y de coordinación de las diferentes tareas a desarrollar.

Cuentan con innumerables poderes, tradicionales o comunes, como a los que tiene una autoridad administrativa, dentro de los cuales se destaca:

- Dictar reglamentos
- Adoptar decisiones individuales y conceder autorizaciones, permisos

---

<sup>678</sup> Sobre el particular el CONSEIL D'ÉTAT, definió de manera amplia a este tipo de entidades, señalando que este tipo de Autoridades son todas aquellas que no están subordinadas al Ejecutivo, ni formaban parte del Legislativo ni del Poder Judicial.

<sup>679</sup> STIRN, BERNAND. Consejero de Estado y profesor del Institut d'études politiques (Instituto de estudios políticos) de París. Disponible en <http://www.ambafrance-co.org/spip.php?article349>. [en línea] (Consultado. 1 de abril de 2010). Una de las misiones de las autoridades administrativas independientes es la de solucionar los grandes debates de la sociedad mediante reflexiones serenas y pluralistas. En este sentido, las autoridades se asemejan mucho a los "Comités de Expertos", cuyo papel también ha sido ampliado y los cuales se constituyen de forma temporal, como la Comisión de Nacionalidad, de 1986 a 1987, o de forma permanente, como es el caso del Comité Nacional de Ética, creado en 1983, y del Alto Consejo de Integración, constituido en 1989. A diferencia de las autoridades administrativas independientes, los cometidos de estos comités son únicamente la reflexión y la propuesta, sin atribuciones administrativas ni poderes jurídicos. Si bien ambos tienen como objetivo el estímulo de la reflexión en el Parlamento y el gobierno, ninguno de ellos deberá sustituirlos, ya que en sus manos está la última palabra. De este modo, las leyes sobre bioética de 25 y de 29 de julio de 1994, así como su revisión, iniciada en 1999, permiten que el debate parlamentario se establezca tras la publicación de los informes periciales. Del mismo modo, algunas atribuciones no podrán confiarse en ningún caso a una autoridad administrativa independiente: en un dictamen publicado en 1999, el Consejo de Estado indicó que la autoridad administrativa independiente prevista para el sector de la seguridad nuclear no podría tener competencia para emitir normas, puesto que dicha decisión pertenecerá exclusivamente al gobierno.

- Realizar investigaciones
- Dirigir informes específicos del sector regulado.
- Servir como órgano consultivo del gobierno

### **c. Precisiones y problemática constitucional**

Desde la perspectiva constitucional, las *Autorité Administrative Indépendante*, al carecer de reconocimiento en la Constitución francesa, se hizo necesario determinar si este tipo de entidades son compatibles o no, principalmente si estas nuevas organizaciones transgredían o no los artículos 34 y 38 de la Constitución Francesa<sup>680</sup>.

El primer elemento que se debe analizar es la independencia y su relación con los Poderes del Estado, siendo indispensable indagar las siguientes particularidades de estos entes:

1. Cuentan con una independencia funcional, entendida como la imposibilidad que tiene el Gobierno de impartir órdenes o instrucciones.
2. No están sometidas a la jerarquía ni a la tutela del Gobierno,
3. La Constitución precisa de que pueden existir Autoridades Administrativas que no están subordinadas y por ende no es posible aplicar el principio de responsabilidad de las entidades que están subordinadas.

Se debe precisar que el Estado Francés se basa en la división de poderes y la prelación de los mismos.<sup>681</sup>

Su creación genera algún tipo de incompatibilidad con los fines del Estado Social y Democrático del Derecho, el cual se caracteriza por contar con un control (democrático y con la sumisión al Derecho) de todas las autoridades estatales.

Su independencia no puede implicar una ausencia de control, al ser consideradas como instancias administrativas, surgiendo la cuestión: ¿Quién se encarga de este control?, considerando que el Gobierno responde ante el Parlamento, ¿Cuál de las ramas del poder público puede ejercer un control sobre la Autoridad que define la política sectorial?

En cuanto a la sumisión al Derecho y al imperio de la Ley: la problemática consiste en determinar si los actos promulgados por parte de estas entidades son susceptibles a cualquier tipo de control jurisdiccional. Sobre el particular se considera que bajo el Estado Social y Democrático de Derecho, los actos dictados por este tipo de entes pueden ser recurridos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como se reconoce por parte la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés.

---

<sup>680</sup> PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La potestad normativa...* Op. cit. Pp. 639.

<sup>681</sup> BETANCOR RÓDRIGUEZ, ANDRÉS. Op. cit. Pp. 65 y ss.

Dos de los tribunales más importantes se han pronunciado respecto a la naturaleza, características, atribuciones y reconocimiento legal de las famosas Autoridades Independientes.

El Consejo Constitucional Francés *Le Conseil Constitutionnel*, ha sido bastante cauteloso en sus pronunciamientos, indicando que este tipo de Autoridades, deben tener un encaje en el sistema constitucional Francés y alude a que estos no fueron creadas por la Constitución, sino corresponden a la iniciativa del Legislador, de allí que sea éste el encargado tanto de su creación como supresión.

El Consejo de Estado (*Le Conseil d'État*), ha señalado que, la aparición de este tipo de Autoridades responde a un compromiso y transición entre la lógica política que inspira la institución de esta nueva instancia constitucional con el Derecho<sup>682</sup>. Se reconoce de la independencia de estas autoridades tal como se indica en el fallo proferido en el año de 1982 *Haute Autorité De La Communication Audiovisuelle*<sup>683</sup>, donde se admite la legalidad de esta Autoridad Administrativa Independiente y se indica que la creación de las mencionadas Agencias constituyen una garantía fundamental para el ejercicio de las libertades públicas, lo cual lleva a afirmar la competencia exclusiva del legislador. Pero, se precisa en el citado fallo que su origen no responde a una exigencia de tipo constitucional, por lo que es una garantía de las libertades previstas en la Carta, establece un sistema de controles que pueden ser ejercidas sobre este tipo de Autoridades<sup>684</sup>, más aun cuando su creación aumento significativamente.

---

<sup>682</sup> El Consejo Constitucional se ha pronunciado implícitamente sobre la compatibilidad entre La Constitución y la existencia de las AAI en 1984 cuando realizó la calificación de La Alta Autoridad de la Comunicación Audiovisual como AAI.

Dentro de las decisiones tomadas por el Consejo Constitucional sobre la Comisión Nacional de la Comunicación y Libertades (18 de septiembre de 1986), sobre el Consejo de la Competencia (23 de enero de 1987), sobre el Consejo Superior de lo Audiovisual – CSA (17 de enero de 1989) y sobre la Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones (23 de julio de 1996), el Consejo Constitucional se ha referido a estas en el sentido que no existe obstáculo constitucional para la creación de dichas autoridades. Ha admitido que un poder regulatorio podría otorgárseles por la ley bajo la condición que éste sea limitado y subordinado a la ley y a los decretos. Dentro de estos límites, los cuales llevan a un poder reglamentario y subordinado, la ley ha conferido una competencia reglamentaria a la CNIL, a la Comisión de Operaciones de Bolsa (COB) con la acreditación del Ministerio de Finanzas, al CSA pero con funciones más reducidas que las que tenía La Comisión Nacional de la Comunicación y de las Libertades, a la Autoridad de Regulación en Telecomunicaciones y a la Comisión de Regulación de Energía (CRE).

<sup>683</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE RAPPORT D'INFORMATION 2010 FAIT AU NOM DU COMITÉ D'ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE DES POLITIQUES PUBLIQUES SUR. *les autorités administratives indépendantes* TOME I – RAPPORT PAR MM. CHRISTIAN VANNESTE ET RENÉ DOSIÈRE, Députés. 1. – Plus de 40 AAI ont été créées en France.

<sup>684</sup> PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. “*Las Administraciones...*” Op.cit. Pp. 670. “*No faltan tampoco voces críticas, comenzando por el mismo Consejo de Estado (Études et documents), quien pone en guardia a los poderes públicos contra la multiplicación de autoridades administrativas independientes. <<Se trata- dice- de un procedimiento que puede ser ventajoso y que ha conocido un éxito en ciertos sectores, pero cuya generalización no dejaría de crear problemas serios de control jerárquico, parlamentario y jurisdiccional, sin que las ventajas de gestión y de coste sean evidentes: el número de funcionarios empleados por algunas de estas autoridades muestra, por otra parte, que pueden correr el riesgo de segregar una burocracia pesada, mientras que, en origen, la fórmula de las Administraciones independientes se presentó como simple y liviana>>.*”

Ahora bien, respecto a su independencia, a juicio del Consejo, éste se constituye en el elemento indispensable para el efectivo cumplimiento de las funciones atribuidas. Se encuentra sujeto a las leyes de su creación y al ordenamiento jurídico, por lo tanto, sus actuaciones están sujetas al control jurisdiccional.

Otro tipo de cuestionamiento se refiere al reconocimiento de sus potestades, en particular a las potestades para dictar actos administrativos, reglamentarias e imponer sanciones<sup>685</sup>.

En cuanto a la potestad reglamentaria<sup>686</sup>, es la que mayores cuestionamientos ha generado, ya que hay que analizar si esta competencia afecta a las atribuciones generales del Parlamento, que es el órgano constitucional encargado de fijar a través de las Leyes, los derechos cívicos y las garantías fundamentales, concedidas a los ciudadanos, para el ejercicio de las libertades públicas. Y las potestades atribuidas al Ejecutivo se conceden para asegurar la ejecución de las leyes y ejercer así el poder reglamentario que es una potestad propia del mismo, no de las Agencias.

La respuesta a este interrogante es que el poder reglamentario es diferente al normativo, considerando que el primero cuenta con un solo órgano que adopta las decisiones; mientras que el de regulación disfruta de diferentes poderes de decisión, que son bastante heterogéneos. La potestad reglamentaria, le permite fijar las reglas relativas a las garantías fundamentales de las libertades públicas al Gobierno, pero respecto de la denominada regulación, ya hemos venido viendo cómo se ha admitido dado su carácter técnico de legislación subordinada, tanto en lo

---

<sup>685</sup> PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo II*. Op. cit. Pp. 261-294. “Las autoridades administrativas independientes se enfrentan en Francia, a juicio del Consejo, a tres grandes problemas: problemas de su inserción en el marco jurídico constitucional, de funcionamiento y ejercicio de sus funciones y, sobre todo, de su control gubernamental. En ese punto el Consejo de Estado propone medidas que van directamente contra la independencia de que gozan estos organismos, tales como la inserción en el autoridad administrativa independiente de un comisario de gobierno y el reconocimiento a éste de un poder para tomar decisiones que se impongan en “cas de carence de l’autorité”.

<sup>686</sup> El poder reglamentario de las AAI es un poder subordinado al poder del gobierno y es limitado en su campo de aplicación y en su contenido. Estos son los elementos de una jurisprudencia constitucional bien establecida (decisión del Consejo Constitucional del 18 de septiembre de 1986 y del 17 de enero de 1989). Esta es la razón por la cual pocas autoridades están expresamente dotadas de funciones: CNIL, Comisión de sondeos, CSA, CRE, ASN, AMF y ARCEP. La jurisprudencia del Consejo Constitucional ha definido rápidamente las condiciones del ejercicio del poder reglamentario de las AAI. El cuidado de fijar las normas que permiten poner en práctica una ley, no puede ser asignado sino “dentro de un campo determinado y dentro del marco definido por las leyes y los reglamentos”. Puede tratarse solamente de “medidas de alcance limitado en su campo de aplicación o en su contenido”. El poder reglamentario de las AAI es en consecuencia subordinado y secundario.

Si el poder reglamentario es de alcance general, el papel del **Comisario del Gobierno** debe, según los evaluadores, ser reforzado. Así el Comisario del Gobierno debe estar plenamente asociado al proceso de elaboración de los actos reglamentarios. El debe poder solicitar una segunda deliberación. También, debería estar prevista la posibilidad dada al Gobierno de homologar los actos reglamentarios adoptados por las AAI. Así, el poder reglamentario amplio pero muy técnico del que son dotadas la AMF y la ARCEP, es compartido con el ministro competente que es llamado a homologar dichas medidas tomadas por la AAI. Las AAI, que normalmente son críticas de los procesos de homologación ministerial de las medidas generales que ellas han tomado, deben comprender que de existir coherencia entre todo conjunto de la acción pública.

que es una fórmula semejante a la potestad reglamentaria aunque sea de segundo orden, como respecto derecho indicativo o reglas indicativas de conducta (soft law)<sup>687</sup>.

El principal inconveniente se produce cuando las Agencias desconocen, en el ejercicio de esta potestad normativa, las funciones y los límites a los que están sujetas, dejando claro el Consejo de Estado que en cuando los derechos cívicos y las garantías fundamentales, no se pueden traspasar porque ello puede conducir a arbitrariedades por parte de este tipo de entidades.

En cuanto a las potestades atribuidas al Ejecutivo, en particular la potestad reglamentaria, también han sido sometidas juicio de constitucionalidad y se ha admitido la constitucionalidad de las mismas, tal como se señala en la Decisión 86-217 del Consejo Constitucional de 18 de Septiembre de 1986, donde se indica “*Que no es obstáculo para que el Legislador confiera a una Autoridad del Estado distinta del Primer Ministro el cuidado de la aprobación de las normas que permitan ejecutar la Ley en un ámbito determinado y en marco definido por las Leyes y los Reglamentos*”.

Ahora bien, el punto determinante es saber ¿cuál es el alcance de potestad reglamentaria del Primer Ministro y la potestad reglamentaria de estas entidades?. La decisión adoptada indica que, existe compatibilidad entre ambas potestades, considerando que las Autoridades Independientes cuentan con un poder especial de reglamentación y que existen relaciones de coordinación entre ambos, en el sentido de que su competencia se encuentra atribuida a aspectos específicos, que su potestad es de carácter residual y se encuentra subordinada no solo a la Constitución, las leyes, sino a los reglamentos expedidos por parte del Primer Ministro cuya potestad, está atribuida por la Constitución.

En cuanto a los poderes de investigación, no constituyen una competencia absoluta y exclusiva de estos entes, sino que es una potestad que se ejercita de manera conjunta con el Poder Judicial, atendiendo el mandato constitucional. Es necesario precisar que el Consejo de Estado Francés ha considerado que este tipo de entidades pueden realizar investigaciones, siempre que éstas tengan una relación directa con los objetivos y misión encargada a tales entes en el momento de su creación. En igual sentido el Consejo de Estado Francés ha morigerado su postura respecto a esta potestad, entendida como un híbrido entre las facultades Ejecutivas y del Poder Judicial, como se precisa en la Decisión 88-248 DC de 17 de enero de 1989, donde se reconoce por parte del Consejo de Estado este poder señalando:

*La ley puede, sin que ello suponga un atentado contra el principio de separación de poderes, dotar a una Autoridad Independiente, Comisión Audiovisual, encargada de garantizar el ejercicio de la libertad de expresión, de la de poderes sancionadores dentro de los límites necesarios para el cumplimiento de su misión.*

---

<sup>687</sup> MEDINA ORTEGA, MANUEL. “Reglas Indicativas de Conducta”. En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. Director José Eugenio Soriano García, (Coordinadores) Amós Lorenzana Tenorio y Sandra Milena Ortiz Laverde. Civitas Thomson Reuters. Navarra. 2012. Pp. 433-463.

Se puede concluir que, las Autoridades Administrativas si bien, no han sido creadas dentro del marco de la Constitución, su constitucionalidad ha sido admitida por parte de los más altos tribunales, limitando el marco de actuaciones de la mismas, y considerando que las leyes no pueden atribuir de manera arbitraria funciones a este tipo de entidades, atendiendo a que siempre debe existir un control por parte del Ejecutivo y no deben existir discrepancias jurídicas no resolubles.

Sumando a las anteriores consideraciones, en los últimos años, ha surgido una nueva dificultad: *la creación excesiva de estas autoridades, así como extinción de muchas de ellas sin ninguna justificación*<sup>688</sup>. Se aboga porque algunas de las instituciones mencionadas, cuenten con una consagración constitucional, para evitar su eliminación Y como un segundo supuesto a ser tenido en cuenta es, que solamente se creen para “regular” aquellos sectores en los que se justifique y se considere indispensable contar con estos entes, previo conocimiento de sus potestades y límites<sup>689</sup>.

En el año 2009, el Comité de Evaluación y de Control de Políticas Públicas (CEC) decidió, realizar un estudio a las Autoridades Independientes (AAI)<sup>690</sup>, cuestionando particularmente la eficacia de sus acciones, en comparación con aquellas de los entes administrativos tradicionales y jurisdiccionales.

Dicho Comité elaboró un conjunto de recomendaciones que pueden ser agrupadas bajo tres rúbricas:

- Racionalización de las estructuras institucionales para optimizar la repartición de las competencias y reducir los gastos de funcionamiento.
- Independencia orgánica y funcional de las AAI (Autoridad Administrativa Independiente)
- Control de las AAI para una mayor transparencia en su gestión, evaluación de su actividad y rendición de cuentas al Parlamento.<sup>691</sup>

#### *Racionalización.*

1. Ampliar la iniciativa y la publicación de las revisiones de las AAI.
2. Limitar y encuadrar el poder regulatorio de las AAI.
3. Encuadrar la elaboración de las líneas directrices emitidas por las AAI.

---

<sup>688</sup> PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN. “*Las Administraciones Independientes....* Op. Cit. Pp. 663.

<sup>689</sup> STIRN, BERNAND. Consejero de Estado y profesor del Institut d’etudes politiques (Instituto de estudios políticos) de París. Disponible en <http://www.ambafrance-co.org/spip.php?article349>, Consultado. 1 de abril de 2010. [en línea]

<sup>690</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE RAPPORT D’INFORMATION 2010 FAIT AU NOM DU COMITÉ D’ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE DES POLITIQUES PUBLIQUES SUR les Autorités Administratives Indépendantes TOME I – RAPPORT

<sup>691</sup> La lista detallada de las recomendaciones se encuentra al final del presente informe.

4. Unificar las competencias de las jurisdicciones para los recursos contra los actos administrativos de las AAI.
5. Evaluar la creación y el mantenimiento de las AAI.
6. Reagrupar algunas AAI para optimizar la repartición de competencias y reducir los gastos de funcionamiento.
7. Crear una Alta Autoridad encargada de la transparencia de la vida política.
8. Suprimir las AAI que han perdido su justificación e incluso su utilidad.
9. Transformar e integrar en el futuro la Comisión Nacional del Debate Público (CNDP) en el Defensor de los derechos.
10. Precisar la misión de las AAI para evitar la sobre posición entre ellas.
11. Aclarar las competencias de las AAI y de los servicios de los Ministerios.

#### *Independencia.*

1. Mejorar la legitimidad y la representación de los cuerpos colegiados.
2. Mejorar el funcionamiento de los cuerpos colegiados.
3. Generalizar, salvo excepción justificada, la presencia de un comisario del Gobierno en cada AAI.
4. Asegurar un financiamiento sostenible de las AAI.
5. Preservar la autonomía de gestión de las AAI.

#### *Control.*

1. Encuadrar el poder sancionatorio de las AAI.
2. Estabilizar la masa salarial de las AAI y eliminar la dualidad de funciones entre los servicios de los ministerios y las AAI.
3. Instaurar las escalas salariales dentro de las AAI.
4. Asegurar la transparencia de los presupuestos de las AAI.
5. Reducir los gastos inmobiliarios de las AAI.
6. Reducir los otros gastos de funcionamiento de las AAI.
7. Disminuir, para las AAI, las leyes orgánicas meramente apoyadas en las leyes de presupuesto.
8. Asegurar el control de las autoridades públicas independientes (API), dotados de personalidad jurídica.
9. Presentar al Gobierno y al Parlamento un informe anual de actividades.
10. Elaborar objetivos e indicadores de rendimiento.
11. Sistematizar al menos una vez al año, la audiencia del Presidente de cada AAI en las Comisiones competentes de la Asamblea o de acuerdo a las necesidades, adaptando las modalidades dependiendo del tamaño de la autoridad.

A juicio de los expertos designados, es indispensable que el legislador clarifique cuáles son las competencias atribuidas al Gobierno y cuáles a las mencionadas AAI. En el ámbito



gubernamental, debería facultársele recurrir ante el juez los actos de las AAI, incluidas las propias de la función regulatoria si a juicio del Gobierno se estima que la Autoridad se ha extralimitado en sus competencias, pero admitiendo que en caso contrario debe restringirse de hacerlo.

**SEGUNDA PARTE**

**EL MODELO REGULATORIO ESPAÑOL Y  
LAS COMISIONES REGULADORAS ANTES DE  
LA CREACIÓN DE LA CNMC**

## Capítulo III

# Las Tres Fases del Modelo Regulatorio Español Antes de la CNMC

---

Las Autoridades Independientes en el Derecho Español, se consolidan en la década de los 80<sup>692</sup>. En esta parte de la Tesis, se especifican las tres etapas relevantes antes de la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), y su respectiva incorporación en el ordenamiento jurídico Español<sup>693</sup>. Algunos autores, establecen clasificaciones respecto a las mismas comisiones, en atención al sector económico a regular o su incidencia en los sectores sensibles, como recuerda TORNOS MÁS<sup>694</sup>:

---

<sup>692</sup> JIMENEZ DE CISNEROS CID, FRANCISCO JAVIER. *Los Organismos autónomos...* Op. cit. Pp. 315 y ss. , quien indica que efectuado un análisis de los Organismos autónomos neutrales que contaban con las características anteriormente descritas eran el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente público de Radio-Televisión Española y el Banco de España. En estudios posteriores, este número fue variando, así como la inclusión o no de nuevos entes públicos atendiendo a los parámetros propios tales como la independencia y neutralidad.

<sup>693</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *L'expérience espagnole...* Op.cit. Pp. 413. El fenómeno de las administraciones independientes no está expresamente constitucionalizado; sin embargo, su régimen jurídico se está consolidando, por lo que formal y materialmente se consideran independientes del Gobierno. La creación de nuevas entidades que poseen estas mismas características es considerablemente más lento y descansa en ciertos sectores de actividad social en el que coinciden ciertas condiciones que permiten la existencia de entidades independientes. Este proceso casuístico provoca inconsistencias evidentes: por ejemplo, en el sector financiero, la supervisión bancaria y el mercado cae en las manos de entidades independientes, pero este no es el caso de las compañías de seguros; en las telecomunicaciones, los servicios de telecomunicaciones empresariales son supervisados por una entidad de este tipo, pero, en contra, compañías de televisión, públicas y privadas, no lo son.

<sup>694</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. *“El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales...”* Op.cit. 114 y ss, en igual sentido, PANADÈS ESTRUCH, LAURA. *“La potestad reglamentaria de las Administraciones independientes”*. Disponible en: <http://addendareview.com/wp-content/uploads/2012/06/La-potestad-reglamentaria.pdf>[En línea] (Consultado 24/07/2012).

REGULACIÓN EN EL SECTOR ECONÓMICO	REGULACIÓN EN SECTORES SENSIBLES
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Reguladores con funciones de autoridad en la ordenación de la economía, para lo cual se crean el Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Tribunal de Defensa de la Competencia.</li> <li>2. Comisiones creadas tras la liberalización, destinadas a regular los nuevos mercados y garantizar la competencia, Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y Comisión del Sector Postal.</li> <li>3. Comisiones en sectores fuertemente regulados como es la Comisión de Seguridad Nuclear</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Agencia de protección de datos</li> <li>2. Consejo de Seguridad Nuclear</li> <li>3. Consejo autonómicos</li> </ol>

**Cuadro 14 - Fuente Tornos Joaquín - Creación Propia: Regulación en el Sector Económico y en Sectores Sensibles.**

En la primera etapa se crean el Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Agencia de Protección de Datos<sup>695</sup>, considerando como verdaderas autoridades independientes, a dos entidades calificadas como tal por parte del Legislador en la Ley de su creación, siendo estas, el Consejo de Seguridad Nuclear<sup>696</sup> y la Agencia de Protección de Datos<sup>697698</sup> que así se añaden a las tradicionales existentes en el sector financiero.

En la segunda etapa, surgen las Comisiones de Regulación de los Servicios de Interés Económico General o según su denominación por la doctrina como Comisiones de los Servicios de Red; destacándose: la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión Nacional del Sector Postal. Estos entes fueron creados como producto de la liberalización de los servicios, siendo indispensable contar con organismos independientes encargados de fijar y determinar las reglas para garantizar la competencia efectiva en los mercados. Sin olvidar que algún sector de la doctrina considera que hay

<sup>695</sup> Vid. PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS. Op. cit.

<sup>696</sup> La Ley 15/1980, por medio de la cual se crea el Consejo de Seguridad Nuclear, en su artículo 1.1, consagra:

Se crea el Consejo de Seguridad Nuclear, como ente de Derecho Público, *independiente de la Administración Central del Estado*, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los del Estado...

<sup>697</sup> En el caso de la Agencia de Protección de Datos, la ley 15/1999, en su artículo 35, determinó que es un ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con *plena independencia* de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones.

<sup>698</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *L'expérience espagnole...* Op.cit. Pp.413 y ss. Autor que alude que la creación de este tipo de entidades se ha dado en determinados sectores de la actividad social que justificaban necesidad de contar con agencias o autoridades independientes. De allí que no existiera un tratamiento uniforme en todos los sectores, como ha sucedido con el sector Bancario o en el sector de las telecomunicaciones, como sectores en donde se ha desarrollado este fenómeno.

Administraciones Independientes con reconocimiento constitucional y otras que no cuentan con dicho reconocimiento<sup>699</sup>, y dentro de estas últimas, destacan: el Banco de España, la Comisión Nacional Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Agencia de Protección de Datos y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, la Radio Televisión Española, las Universidades, la Comisión Nacional de Energía y el Tribunal de Defensa de la Competencia en su momento, actual Comisión Nacional de Competencia<sup>700</sup>.

Si bien, estas entidades pueden ser clasificadas en dos grandes grupos en cuanto a su surgimiento y evolución en los ámbitos: legal, jurisprudencial y doctrinal por contar con posiciones jurídicas en cuanto su reconocimiento<sup>701</sup>, se caracterizan por ser:

---

<sup>699</sup> PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN. “*Las Administraciones Independientes....* Op. Cit. Pp. 278 y ss., quien efectúa un análisis de cuáles entidades cuentan con un reconocimiento dentro del texto constitucional y cuáles han sido creadas por parte de la Ley. Destaca una serie de órganos que cuentan con cierto grado de independencia tales como el Consejo Económico y Social, los Colegios Profesionales y algunos entes encargados en la prestación de servicios públicos, destacándose las Universidades, el Consejo de la Juventud de España y Radiotelevisión Española, como supuesto de Administraciones Independientes. Las Administraciones Independientes no previstas en la Constitución, las cuales a juicio de este autor se han constituido sin mención alguna en aquella, y sin reparar si es o no constitucionalmente lícito que se sustraigan al Gobierno los poderes de nombramiento y remoción de los titulares de un órgano de dirección; cuentan con independencia, así el Consejo de Seguridad Nuclear, la Administración Electoral, el Banco de España, la Comisión Nacional de Valores, la Comisión Nacional de la Competencia, la Agencia de Protección de Datos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Energía y las Autoridades Portuarias.

<sup>700</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA... Op.cit, Pp. 259 y ss. La falta de acuerdo sobre la naturaleza de las cuatro últimas responde a los siguientes motivos. El primero, que algunos autores expresa e implícitamente introducen en la definición el requisito de desempeñar una tarea determinada, la función reguladora o supervisora (lo que hacen, como ya hemos visto, por influencia estadounidense y francesa) y, por lo tanto, no consideran <<autoridades independientes>> a los organismos que realizan una función de este tipo. Eso es lo que ocurre con RTVE y con las Universidades, El segundo, que algunos autores consideran que las medidas funcionales y personales adoptadas en relación con ciertos organismos no son suficientes para asegurar su <<independencia>>, a pesar de ser semejantes a las establecidas para el resto de <<autoridades independientes>>. Eso es lo que sucede con RTVE y con la CNE, Y, el tercero, que algunos autores consideran que, aunque las *autorités administratives indépendantes* francesas no tengan personalidad jurídica propia, en España, nuestras <<autoridades independiente>> como el TDC, no era propiamente tal, porque, hasta el año 2002, dicho Tribunal era un órgano del Ministerio de Economía, no tenía personalidad jurídica propia, sino que formaba parte de la Administración General del Estado. Con la reforma operada por la Ley de acompañamiento de los presupuestos para el año 2002, en la que se atribuye personalidad jurídica al TDC, ese problema ha quedado resuelto.

<sup>701</sup> MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. Ob. Cit., Pp. 304 y ss., quien señala: En cuanto al análisis doctrinal producido en el campo de las llamadas <<autoridades independientes>>, podemos decir que está presidido por la confusión y discrepancia.

El desacuerdo comienza por cuestión tan preliminar como la terminología. En efecto, algunas autores utilizan la expresión <<Administraciones Administrativas independientes>>, otros, la de <<Autoridades Independientes>> y otros, finalmente, la <<Organismos Autónomos neutrales>>. Sin dejar de reconocer la importancia que las anteriores expresiones ya han adquirido en nuestro panorama doctrinal, no compartimos, sin embargo, ninguna de ellas.

La problemática jurídica que suscita esta clase de entes es muy variada y rica. En primer lugar, su misma existencia ha generado, como no podía ser menos, cuestiones de índole constitucional de ese fenómeno a la luz de la relación, Gobierno-Administración pública y – lo que ha sido estudiado con menos énfasis por la doctrina administrativa- de los principios básicos de la relación Gobierno y Parlamento de nuestro Estado.

1. Órganos Colegiados de gobierno y de administración (de ahí la característica de ser considerados como independientes y de contar con un estatuto jurídico que garantiza su independencia, criterio que ha sido bastante cuestionado).
2. Ser considerados como entes de supervisión de sectores tales como energía nuclear, sistema bancario, mercado de valores y ficheros automatizados, siendo ésta –la supervisión- la característica más importante de estas Autoridades Independientes.

La tercera etapa hace referencia a la Ley de Economía Sostenible (LES), que en su Capítulo Segundo incorporó por primera vez una definición uniforme de Organismos Reguladores. Esta Ley tenía como finalidad principal crear un marco para garantizar la independencia de las comisiones reguladoras como resultado de la liberalización a través de:

- Un sistema uniforme de nombramientos.
- Inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la Comisión.
- Número uniforme de los miembros que conforman cada Comisión, así como la duración de su mandato.
- Un sistema de control por parte del Parlamento.
- Los motivos del cese de los miembros de cada Comisión.
- Las relaciones de coordinación entre la autoridad de competencia (CNC) y los organismos reguladores respecto de los asuntos sometidos a su consideración.

### **3.1. PRIMERA FASE: EL SURGIMIENTO DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES EN ESPAÑA**

En la década de los 80 se crean un conjunto de entidades denominadas Autoridades Independientes, atendiendo a las características otorgadas en su Ley de creación como son:

- Su autonomía financiera y funcional.
- La forma de designación de sus miembros y los motivos para el cese de los mismos.

En esta primera etapa, tomada como referencia de la doctrina española y citada por diferentes autores, en especial BETANCOR RODRÍGUEZ, donde se destaca la creación de:

- El Consejo de Seguridad Nuclear.
- El Banco de España.
- La Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- La Agencia de Protección de Datos.

---

Las posturas se encuentra divididas, para un sector doctrinal, con quien coincidimos, no es constitucionalmente posible en nuestro país la existencia de algo parecido a las <<Administraciones independientes>>. Otro sector doctrinal sin embargo, ha mantenido, una posición distinta.

Las anteriores Autoridades tienen como particularidad las tres primeras, que su creación no depende de las Directivas Comunitarias, atendiendo a que España se incorpora a la Comunidad Económica Europea en el año 1986 y la creación de las Comisiones Regulatorias o de los Servicios de Red se da a partir del año 1994. Asimismo, estas Autoridades *no son reguladoras de sectores en red ya que no responden a la liberalización económica*.

### 3. 1.1. Consejo de Seguridad Nuclear

Autoridad Administrativa creada en el año de 1980, por medio de Ley 15/1980, siendo la primera entidad independiente de la Administración central. Ente de Derecho Público, está encargado del control de la Seguridad Nuclear<sup>702</sup>. Su creación responde a la importancia y trascendencia de contar con un organismo encargado de la supervisión del uso pacífico de la energía nuclear, que garantizará la suficiente confianza en el cumplimiento fundamental de su independencia y neutralidad, como se indica en el artículo 1º de la Ley modificado por la Ley 33/2007<sup>703</sup>, rigiéndose por su propio Estatuto, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los preceptos de la legislación común o especial, atendiendo al modelo existente sobre esta materia en los Estados Unidos. El Consejo se constituye como una entidad independiente, precisándose que su composición debería realizarse con personas cuyo conocimiento permitiera garantizar su independencia y objetiva para resolver los asuntos objeto de conocimiento de dicho Consejo<sup>704</sup>.

---

<sup>702</sup> LOPEZ RAMON, FERNANDO. “*El Consejo de Seguridad Nuclear: Un ejemplo de Administración Independiente*”. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Arévalo*. Madrid. Civitas. 1994. Pp. 575-595. El antecedente de esta Comisión se encuentra en la Junta de energía nuclear creada mediante Decreto- Ley de 22 de octubre de 1951, para el manejo de temas relacionados con la energía eléctrica, de allí la gran variedad de funciones asignadas desde órgano técnico encargado de la seguridad, a ser un centro de investigación y órgano asesor del Gobierno. En cuanto a su personalidad jurídica y sus relaciones con el Gobierno, inicialmente no le fue conferida la personalidad jurídica propia, sino que esta es otorgada posteriormente, ya que se encontraba adscrita al Ministerio de Industria y mantenía la relación de instrumentalidad respecto a la Administración del Estado. Contaba con escasas competencias, sus informes no eran vinculantes para la Administración, las decisiones que eran adoptadas por esta Junta, podrían ser recurribles mediante el recurso de alzada ante el Ministerio y los miembros que la conformaban eran nombrados de manera discrecional por parte del Gobierno, quien tiene la facultad de cesarlos en el cargo por los diferentes Ministros.

<sup>703</sup> LEY 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear. (BOE Núm. 268 de 8/11/2007).

1. Se crea el Consejo de Seguridad Nuclear como ente de Derecho Público, independiente de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los del Estado, y como único organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica.

Se regirá por un Estatuto propio elaborado por el Consejo y aprobado por el Gobierno, de cuyo texto dará traslado a las Comisiones competentes del Congreso y del Senado antes de su publicación, y por cuantas disposiciones específicas se le destinen, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los preceptos de la legislación común o especial.

2. El Consejo elaborará el anteproyecto de su presupuesto anual, de acuerdo con lo previsto en la Ley General Presupuestaria y lo elevará al Gobierno para su integración en los Presupuestos Generales del Estado.

<sup>704</sup> LOPEZ RAMON, FERNANDO. “*El Consejo de Seguridad Nuclear: ...Op.cit.* Pp. 580 y ss.

La razón de su independencia<sup>705</sup>, se encuentra en su necesaria autonomía lo que lleva al régimen de nombramiento y cese del cargo del Presidente y de los Consejeros (cuatro consejeros), los cuales deben ser personas *entre personas de conocida solvencia en las materias encomendadas al Consejo como las especialidades de seguridad nuclear, tecnología, protección radiológica y del medio ambiente, medicina, legislación o cualquier otra conexas con las anteriores, así como en energía en general o seguridad industrial, valorándose especialmente su independencia y objetividad de criterio*<sup>706</sup>, en consideración a que su designación se realiza por el Congreso de los Diputados<sup>707</sup> a propuesta del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, para un mandato de seis años, renovables por otros seis años más, su período no coincide con el período de la legislatura y del Gobierno. Hay que sumar la posibilidad de auto-organización y elaboración de su propio Estatuto, que debe respetar la Ley de creación y conforme a los procedimientos de aprobación por parte del mismo Consejo, que será el encargado de determinar cómo será su organización y funciones, siendo sin embargo el régimen general desarrollado por la Ley, salvo que la misma faculta al Consejo para el ejercicio de sus funciones y le otorgue la atribución específica al propio Consejo de incorporarlas en el Estatuto (precisándose que si bien el Consejo elabora su propio Estatuto, el cual será aprobado

---

<sup>705</sup> JIMENEZ DE CISNEROS CID, FRANCISCO JAVIER. *Los Organismos autónomos...* Op. cit. Pp. 317 y ss. Su independencia y sus rasgos como Organismo autónomo neutral devienen de la propia Ley, donde se precisa desde su artículo primero que será independiente de la Administración General del Estado. Adicionalmente, las garantías propias de su independencia vienen dadas por:

- a) La intervención del Parlamento para el nombramiento del Presidente y los Consejos.
- b) La designación de personas de conocida solvencia en las especialidades de seguridad, medio ambiente, medicina, legislación o cualquier otra conexas, lo trae consigo la despolitización en los nombramientos y una de la disminución de la discrecionalidad del Gobierno para la designación de personas que no cuentan con esta solvencia respecto de las materias a regular por parte del Consejo de Seguridad Nuclear.
- c) La inclusión de cláusulas que evitan la inmovilidad de los directores durante un período de permanencia en el cargo de seis años, superior al de la legislatura, así como una tasación de las causales para su destitución y los supuestos en los que el Gobierno previo trámite previsto en la Ley puede cesarlos.
- d) Su carácter colegial y la importancia del Consejo de Seguridad respecto a la figura del Presidente.
- e) La exención de instrucciones, ordenes o cualquier tipo de directivas gubernamentales y la inexistencia de algún tipo de control jerárquico por parte del Estado
- f) El control por parte del Parlamento de las actividades realizadas por parte del Consejo.
- g) La independencia y ausencia de jerarquía, implica que es el mismo Consejo quien resuelve los recursos promovidos contra sus resoluciones o las de sus órganos, agotando por esta vía administravia.

<sup>706</sup> Artículo 5. Apartado 1.

<sup>707</sup> LOPEZ RAMON, FERNANDO. “*El Consejo de Seguridad Nuclear:...* Op.cit. Pp. 581 y ss. De la estructura misma de la Ley y de su posterior reforma en el año 2007, se puede apreciar, las garantías respecto a su independencia, desde las relaciones del Gobierno y los controles que pueden ser ejercidos respecto al mismo, como su independencia a nivel financiero para el desarrollo de sus funciones. Asimismo, se incluyó el poder de veto que puede ejercer el Parlamento frente a los candidatos postulados por parte del Gobierno, lo cual se constituye en un elemento que refuerza la independencia del regulador y de las personas que son designadas no responden a designaciones políticas, sino que por sus conocimientos pueden desempeñar adecuadamente las funciones encomendadas al Consejo. Sobre el particular el autor indica “*La posibilidad de que el órgano parlamentario vote a un candidato gubernamental, aunque en la realidad resulte difícil aplicación por la mayoría exigida, es una novedad de bulto y una garantía de independencia evidente, cuya transcendencia conviene retener. La simple necesidad de comunicar al Congreso los candidatos, con carácter previo al nombramiento, contribuye a reforzar la garantía de independencia*”.



por parte del Gobierno, éste no podrá introducir modificaciones, porque sería una transgresión a la Ley, salvo a su vez, que en leyes posteriores se hayan incluido nuevas modificaciones posteriores a la expedición del Estatuto, las cuales naturalmente deben ser incorporadas. Lo que se le permite al Gobierno es realizar valoraciones, la oportunidad técnica y política del Estatuto y determinar si este es aprobado en su totalidad o de manera parcial)<sup>708</sup>, sin ningún tipo de injerencia del Ejecutivo en su elaboración, solamente es el encargado de su aprobación. En cuanto a sus funciones cuenta con margen amplio para ejercerlas y que sus decisiones no son recurribles ante el Ministerio al cual se encuentra adscrito<sup>709</sup>.

En la Ley 21 de 1980, concluyen las tres garantías que son las estatutarias, financieras y funcionales<sup>710</sup>, como se precisan en el siguiente cuadro explicativo:

GARANTIAS ESTATUTARIAS	GARANTIAS FINANCIERAS	GARANTIAS FUNCIONALES
Las personas integrantes del órgano de Gobierno (Presidente y Consejeros), los cuales deben tener importantes conocimientos en materia de seguridad nuclear, serán nombradas por el Gobierno, previa comparecencia ante el Congreso de los Diputados, el cual procederá a su designación. Su periodo será fijo, y las causas para su cese están previstas en la ley.	Se le asignan la posibilidad de elaborar el anteproyecto de presupuesto anual. Su autonomía financiera proviene de las Tasas creadas por la Ley.	Cuenta con una amplia lista de funciones:  1. Único ente encargado en materia de seguridad nuclear. 2. Los informes que esta entidad elabore sean negativos o denegatorios son vinculantes. 3. Los recursos que se interpongan respecto a sus decisiones, son decididos por parte del Consejo y agotan la vía gubernativa. 4. Presentan informes ante el Congreso y al Senado sobre las actividades realizadas.

**Cuadro 15 - Fuente Sala Árquer - Creación Propia: Garantías Estatutarias, Financieras y Funcionales**

<sup>708</sup> LOPEZ RAMON, FERNANDO. *Ibíd.* Pp. 582. “Es manifiesto el intento de garantizar la independencia del Consejo frente a un inadecuado desarrollo reglamentario. De manera que la propia Ley se preocupa de introducir tres factores condicionantes del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno: primero, concentra en una sola norma reglamentaria (el Estatuto) el régimen jurídico específico del Consejo (al margen o además de la Ley reguladora, claro está); segundo, atribuye la competencia de elaboración de la norma reglamentaria en cuestión al propio Consejo; tercero, establece una forma de control parlamentario del Estatuto aprobado por el Gobierno. Son tres aspectos de indudable relevancia para comprender la posición independiente del Consejo de Seguridad Nuclear...”

<sup>709</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “Conferencia: Las relaciones y delimitación de...” *Op. cit.* Pp. 105. Quien considera que el Consejo de Seguridad Nuclear cumple con un mayor grado de independencia respecto al Gobierno y la Administración del Estado, lo que le permite concluir a este autor que esta Comisión es un verdadero ente independiente porque desde su creación fueron claramente delimitados el conjunto de relaciones de esta entidad respecto al Gobierno y de su funcionamiento interno.

<sup>710</sup> SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “El Estado neutral...” *Op.cit.* Pp. 416.

Si bien, la Ley de su creación indica que no pueden ser cesados en su cargo, la misma Ley prevé que bajo circunstancias excepcionales el Ejecutivo puede solicitar que se declare cesante del cargo, tal como se precisa en el artículo 7 de la citada Ley<sup>711</sup>. Ello plantea problemas de motivación del acto de cese, que deberá ser especificado y claramente justificado.

Asimismo, se indica el régimen de incompatibilidades, antes y después del ejercicio como consejero y el sistema de retribuciones una vez se cese en el cargo.

En cuanto a sus particularidades, se precisa en la Ley 15/ 1980, modificada por la Ley 33/2007, que el Consejo es un ente de derecho público sometido a la Ley de Entidades Estatales Autónomas, que se rige por los principios generales del Derecho Público (régimen general y sometidas al cumplimiento de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Respecto a sus funciones y poderes<sup>712</sup> como único organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica, surgen varios interrogantes, entre los que se destacan, ¿por qué un órgano con funciones de control debe ser independiente?, ¿qué significa esa independencia?

La justificación de la independencia del Consejo está relacionada con un criterio denominado confianza social, por lo cual el Legislador consideró que era fundamental que este tipo de ente desempeñara la función de control de manera independiente, con el fin de garantizar su autonomía como elemento indispensable para el sector regulado y de la seguridad de este. Adicionalmente, al ser considerado como entidad independiente, se busca que los agentes intervinientes en el sector, como la Administración, no intervengan en sus decisiones. La finalidad principal es garantizar la objetividad de juicio en el ejercicio de sus funciones y

---

<sup>711</sup> Artículo séptimo

Uno. El Presidente y Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear cesarán por las siguientes causas:

- a) Por cumplir setenta años.
- b) Por finalizar el período para el que fueron designados.
- c) A petición propia.
- d) Por estar comprendidos en alguna de las incompatibilidades establecidas en esta Ley.
- e) Por decisión del Gobierno mediante el mismo trámite establecido para el nombramiento cuando se les considere incapacitados para el ejercicio de sus funciones o por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo.

El Congreso de los Diputados, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, podrá instar en cualquier momento al Gobierno el cese del Presidente y Consejeros.

Cuando el cese del Presidente y Consejeros tenga lugar por finalizar el período para el que fueron nombrados, los mismos continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieran de sucederles. El Congreso, a través de la Comisión correspondiente, deberá confirmar la prórroga en el caso de que esta supere los seis meses.

Cuando el cese del Presidente y Consejeros tenga lugar por finalizar el período para el que fueron nombrados, los mismos continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieran de sucederles. El Congreso, a través de la Comisión correspondiente, deberá confirmar la prórroga en el caso de que esta supere los seis meses.

2. Cuando se produzca el cese de un consejero por cualquiera de las causas establecidas anteriormente, excepto la señalada en la letra b del número anterior, se designará un nuevo consejero, de acuerdo con el procedimiento establecido, por el tiempo que faltare para completar el período del consejero cesante.

<sup>712</sup> LOPEZ RAMON, FERNANDO. “*El Consejo de Seguridad Nuclear: ...Op.cit.* Pp. 589

control, de ahí que sean totalmente ajenos a la Administración y a los demás entes administrativos.

Es necesario precisar qué tipo de intereses defienden, en consideración a la diversidad de los que pretenden ser tutelados por las distintas entidades. De ahí la posible colisión de los mismos, siendo indispensable que el Consejo intervenga, con el fin de lograr el correcto equilibrio entre estos para obtener un resultado óptimo, sumado a que era prioritario contar con entes especializados, diferentes a los encargados de desarrollar la producción de las materias primas, para promover la eficacia de dicha función y de ofrecer la máxima seguridad a los ciudadanos.

En los artículos 2 y 5 de la Ley y las modificaciones posteriores<sup>713</sup> y en su Estatuto, establecen las funciones, las cuales pueden ser clasificadas en tres grandes grupos:

- Funciones normativas
- Funciones de Propuestas e Informe y,
- Funciones autónomas.

#### **3.1.1.1. Funciones Normativas**

Su potestad reguladora, de carácter normativo, se encuentra atribuida en el artículo 2 de la misma Ley en la que se le confiere la habilitación legal para el ejercicio de esta función. En tal sentido el Consejo de Seguridad Nuclear podrá elaborar y aprobar tres tipos de instrumentos normativos, cuyo objetivo es determinar las especificidades técnicas de las instalaciones nucleares y radiactivas y las actividades relacionadas con la seguridad nuclear y radiológica<sup>714</sup>. Estos instrumentos normativos son ajenos a la potestad reglamentaria del Gobierno; el ejercicio de dicha atribución proviene de la misma ley que la habilita como una función propia de una Autoridad Independiente. Dichos instrumentos podemos diferenciarlos en el siguiente cuadro:

---

<sup>713</sup> Artículo segundo redactado por el número 2 del artículo único de Ley 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear.

<sup>714</sup> PANADÈS ESTRUCH, LAURA. “La potestad...Op. cit. 15.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD NUCLEAR		
INSTRUCCIONES	CIRCULARES	GUIAS
Normas de carácter técnico, sobre aspectos de seguridad nuclear y protección radiológica. Son de carácter vinculantes para los afectados una vez sean publicadas en el Boletín Oficial del Estado. La particularidad es que cuenta con el concurso de los interesados para su elaboración y antes de su aprobación es remitida al Congreso de los Diputados.	Su particularidad es que son documentos de carácter informativo que el Consejo podrá elaborar y dirigir a uno o más sujeto, sobre la aplicación de hecho o circunstancias relacionadas con la seguridad nuclear o la protección radiológica. Vinculantes para el sector	Son también documentos técnicos de carácter recomendatorio elaborados por el Consejo, donde se establecen criterios orientativos respecto a la normativa vigente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica.  Son meramente indicativas.

**Cuadro 16 - Fuente Ley de Creación del CSN - Creación Propia: Instrumentos Normativos del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN).**

#### **a. Funciones de Propuestas e Informe**

Este Consejo solo propone en relación con los genuinos reglamentos ( no aprueba los reglamentos de Seguridad Nuclear) , siendo sus funciones normativas, las ya indicadas propias de un sector sometido a relaciones de supremacía especial o al menos de “ordenamiento sectorial”<sup>715</sup>. Igualmente, en orden a las sanciones su potestad se reduce a la mera propuesta. En esta misma línea de poderes “suaves”, colabora en la elaboración de planes y emite informes planes de emergencia y protección física de instalaciones. No concede las autorizaciones de las plantas nucleares, transporte de sustancias y materias radiactivas ni la fabricación de componente, ni fija los parámetros de inspección. Tiene pues un fuerte componente de órgano consultivo que emite actos de juicio.

#### **3.1.1.2. Funciones Autónomas**

En cuanto a las funciones autónomas, cuenta con la potestad de inspección y control de las instalaciones de transporte y fabricación, permitiéndosele ordenar su paralización, suspensión de funcionamiento, vigilancia de los niveles de radiación de las instalaciones y transporte; verificación de las dosis recibidas por el personal de operación, la evaluación del impacto ecológico y la concesión y renovación de las licencias. En este ámbito, y dando pues un tinte mixto a su naturaleza, huyendo de clasificaciones dogmáticas, si tiene potestades típicamente

<sup>715</sup> GIANNINI, MASSIMO SEVERO. *El Poder Público: Estados y Administraciones Públicas*. Prólogo y traducción de Luis Ortega. Civitas. Madrid. 2001.

propias de actos ejecutivos, resoluciones que en sí mismas tienen el componente decisorio típico de tales actos<sup>716</sup>.

En lo que corresponde a su régimen financiero, la Ley estableció dos mecanismos de financiación. El primero que corresponde a las Tasas de Servicios Prestados por el Consejo reguladas por la Ley 14/1999, de 4 de mayo, de Tasas y Precios Públicos prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear<sup>717</sup>, mediante la cual se actualizan las funciones que generan un hecho imponible del tributo y por consiguiente la importante financiación del Consejo.

Y la otra forma de financiación y que constituye un mecanismo de independencia, es que dentro de las atribuciones dadas al Consejo es la de elaborar el anteproyecto de presupuesto anual, que eleva al Gobierno, con el fin de que este lo incorpore a los Presupuestos Generales del Estado. La modificación del mismo, corresponde ya realizarlo en sede parlamentaria.

---

<sup>716</sup> Propone reglamentación y normativa

Propone al Gobierno las reglamentaciones necesarias en materia de seguridad nuclear y protección radiológica. Se trata de generar la normativa que se considere conveniente, además de adecuar la legislación nacional a la internacional, especialmente a la derivada de las directivas de la Unión Europea. Además, el CSN tiene capacidad para dictar por iniciativa propia normas de obligado cumplimiento sin que requiera la aprobación posterior de cualquier otro poder o administración. Esta facultad se refiere especialmente a instrucciones y circulares de carácter técnico, ya que las guías de seguridad son documentos recomendatorios.

Informa a la opinión pública y a las Cortes

El CSN elabora informes para el Congreso de los Diputados y el Senado, en los que rinde cuentas de sus actividades de vigilancia y control.

Además, el CSN desarrolla la función de informar a los ciudadanos a través de diferentes instrumentos como la relación con los medios de comunicación, las publicaciones, el Centro de Información o a través de Internet.

<sup>717</sup> LEY 14/1999, de 4 de mayo, de Tasas y Precios Públicos prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear. BOE Núm. 107 de 5/05/1999).(BOE. Núm. 107 de 5/05/199). Que en su exposición de motivos viene a precisar:

*El régimen jurídico de la tasa viene fundamentalmente regulado en el artículo 10 de la Ley 15/1980, precepto que se desarrolla mediante el Real Decreto 3229/1982, de 12 de noviembre, que pretende derogarse con esta Ley, puesto que no añade nada a la regulación legal.*

*La experiencia obtenida en la gestión de la tasa ha hecho, por una parte, que se hayan venido decantando una serie de problemas de adaptación de la norma a la realidad, sin perjuicio de las puntuales revisiones que se han venido realizando en los tipos y cuantías aplicables a los diversos hechos imponibles, y que no han demostrado adecuación en grado suficiente a las necesidades que venía exigiendo la realidad.*

*La aparición tanto de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, así como la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, hacen necesario la introducción de nuevos criterios, tanto para la cuantificación del importe de cada tasa, redimensionándolas de acuerdo con los costes reales, como en relación a la necesaria modificación de la base imponible de la tasa por inspección y control del funcionamiento de las centrales nucleares.*

*Asimismo, la publicación del Reglamento de Protección Sanitaria contra las Radiaciones Ionizantes introduce una serie de obligaciones para el Consejo de Seguridad Nuclear en el ámbito de la protección radiológica, que obliga a establecer los correspondientes nuevos hechos imponibles.*

*Por otra parte, el Consejo de Seguridad Nuclear ha venido realizando una serie de funciones que, en ocasiones, no estaban previstas de forma específica en la Ley de creación del Organismo, ni por consiguiente estaban configuradas en forma de hechos imponibles. Por ello, se pretende con esta propuesta efectuar un nuevo catálogo de funciones que describa con mayor exactitud el actual quehacer del Consejo de Seguridad Nuclear y, al mismo tiempo, regular tributariamente la prestación de todos los servicios que se realizan.*

### 3.1.2. Banco de España<sup>718</sup>

El Banco de España fue creado en el Siglo XIX, pero es a través de la Ley 30 de 1980<sup>719</sup> (modificado posteriormente por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España<sup>720</sup> y la Ley 12/1998, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España<sup>721</sup>), donde se vienen a determinar su regulación, estableciéndose como un ente de Derecho Público, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de los fines que la Ley le atribuye<sup>722</sup>, con autonomía respecto de la Administración del Estado, la cual está dada por la

---

<sup>718</sup> Vid. La obra de FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMON sobre el Banco de España. “*Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva*”. EN VVAA: Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi. Civitas. Madrid. 1989. Pp. 399-436; “*La autonomía de los bancos centrales: un problema de rango constitucional*”. EN VVAA: Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: *Homenaje a Evelio Verdura y Tuells* / coord. por Antonio Polo Díez, Vol. 1, 1994. La Ley- Actualidad. Madrid. 1994. Pp.715-738; *Comentarios a la Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito*. Tomás-Ramón Fernández y Jaime Aguilar Fernández-Hontoria. Fundación Fondo para la Investigación económica y social, Obra social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros. Madrid. 1991 y “*Los poderes normativos del Banco de España*”. EN VVAA: *Revista de derecho bancario y bursátil*. Año nº 4. Nº 13. 1984 Pp. 7-32

<sup>719</sup> LEY 30/1980, de 21 de junio, por la que se regulan los órganos rectores del Banco de España. (BOE número 154 de 27/6/1980).

Uno. El artículo 1 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, quedará redactado como sigue:

«Artículo 1. Naturaleza y normativa específica.

1. El Banco de España es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. En el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración General del Estado, desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. El Banco de España quedará sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por ésta u otras leyes. En el ejercicio de dichas potestades administrativas resultará de aplicación al Banco de España la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tendrán en todo caso naturaleza administrativa los actos que dicte el Banco de España en ejercicio de las funciones a las que se refieren el artículo 7.6 y el artículo 15.4.

El Banco de España no estará sometido a las previsiones contenidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

3. El Banco de España es parte integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales (en adelante, SEBC) y estará sometido a las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, Tratado) y a los Estatutos del SEBC.

En el ejercicio de las funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC, el Banco de España se ajustará a las orientaciones e instrucciones emanadas del Banco Central Europeo (en adelante, BCE) en virtud de dichas disposiciones.»

<sup>720</sup> LEY 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. (BOE Núm. 131 de 2/06/1994).

<sup>721</sup> LEY 12/1998, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España. (BOE Núm. 102 de 29/04/1998).

<sup>722</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op.cit, Pp. 273 y ss. En relación con el Banco de España, se afirma que la necesidad de estabilidad económica resulta indispensable para el desarrollo de la sociedad y que para lograr esa estabilidad es preciso dotar autonomía al banco de España, pues tanto los estudios económicos, como la praxis, han demostrado que una mayor autonomía de los bancos centrales se corresponde siempre con un índice de inflación menor. Debemos advertir que esta argumentación ofrecida por la Comunidad Europea al exigir, como requisito previo a la integración en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) en el

estabilidad de sus órganos, como una verdadera administración independiente<sup>723</sup>; la cual se obtiene mediante la sujeción del poder del gobierno de remoción de sus miembros, potestad que sólo podrá ser ejercida mediante causas tasadas, evitando la discrecionalidad de la destitución por parte del Ejecutivo<sup>724</sup>. Ello cual permite que los agentes designados para el cumplimiento de las funciones atribuidas al Banco, pueden actuar con independencia, traducido en un excelente criterio profesional, ajeno a cualquier motivación política para la expedición de las resoluciones dirigidas a resolver situaciones específicas del sector bancario.

Su independencia debe ser entendida como:

- a) Idoneidad profesional, con personal cualificado.
- b) Actuación dada por el criterio técnico, ajeno a las presiones políticas.

### **3.1.2.1. Funciones Realizadas por el Banco de España para Garantizar su Independencia**

***a. Autoridad encargada de la supervisión del Sistema Bancario y Autoridad Monetaria<sup>725</sup>, estas funciones se clasifican en dos grandes grupos.***

1. Las relativas al desarrollo de la política monetaria de acuerdo con los objetivos generales fijados por parte del Gobierno.
2. Las de supervisión del sistema crediticio: disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro, así como sanción e intervención de entidades.

Como precisa de RAMÓN PARADA<sup>726</sup>, esta entidad cuenta con cierto grado de autonomía funcional, pudiendo elegir libre los medios necesarios para ejecutar los objetivos de política monetaria fijados por el Gobierno.

---

proceso de la unión económica y monetaria, que todos los Estados miembros otorgasen autonomía a sus bancos centrales.

<sup>723</sup> SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “*El Estado neutral...*” Op.cit. Pp. 411 y ss. Aludiendo a que es la Ley 21, establece la garantía fundamental de la independencia, respecto a los miembros, su mandato y la inmovilidad en el cargo.

<sup>724</sup> Artículo 5. Nombramiento requisitos y duración del mandato del Gobernador. El Gobernador del Banco de España será nombrado por el Jefe del Estado a propuesta del Gobierno, entre quienes sean españoles, mayores de edad y tengan reconocida competencia en el campo de la economía. El mandato del Gobernador tendrá una duración de cuatro años al término de los cuales podrá ser renovado.

<sup>725</sup> BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA. “*Las Agencias Independientes...*” Op. cit. Pp. 179 y ss. Particularmente la función de dirección y ejecución de la política monetaria prevista en la Ley 12/1998, coloca al Banco de España como un entidad con características iguales o de paridad respecto al Gobierno, ampliando sus competencias, es decir, que se sustrae del poder dirección y control que ejerce el Gobierno respecto de las demás entidades. “*Pero, además, hay que tener en cuenta la naturaleza de la actividad que se sustrae en este caso al poder de dirección del Gobierno de la nación. Y es que la definición de la política monetaria es una tarea de singular relevancia porque incide en la orientación política general, en el indrizzo político del Estado. La actuación del Banco se inscribe, pues, dentro de la función de dirección política*”.

<sup>726</sup> PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo II*. Op. Cit. Pp. 284.

Su independencia viene dada por la naturaleza política – técnica, en definitiva, de discrecionalidad técnica, de la función monetaria que demanda una gestión técnica de un ente especializado para su ejercicio<sup>727</sup>, alejado de la presión política y que puede cumplir con el fin que le es propio, el cual es salvaguardar el valor de la moneda. Luego examinaremos lo que ha supuesto el ingreso en la Unión Europea, la nueva arquitectura supervisora, pero advirtiendo la necesidad de mantener, incluso si el Banco de España tiene hoy funciones en definitivas delegadas en esta nueva arquitectura institucional, toda su independencia técnica.

***b. En cuanto a los tipos de control, esta entidad cuenta las siguientes atribuciones:***

- Poderes administrativos de ordenación y supervisión de las entidades de crédito<sup>728</sup>.

*Atendiendo a esta finalidad, los poderes de las autoridades administrativas respecto a las entidades de crédito son fundamentalmente cuatro:*

1. Ordenación y disciplina.
2. Supervisión.
3. Sanción.
4. Intervención.

*1. Ordenación y disciplina:* comprende todas las normas jurídicas que regulan la creación, funcionamiento, disolución y crisis de esas entidades. La eficacia de las normas de ordenación y disciplina dependen de la supervisión.

*2. Supervisión:* considerada como función especial de vigilancia del Estado en el ámbito económico, cuya finalidad es que los agentes intervinientes actúen dentro del marco legal, a fin de evitar actuaciones incorrectas. Ámbito éste que a su vez está siendo traspasado a la Supervisión Bancaria Europea, pero que en la medida en que sea el órgano de ejecución europea de dicha intervención, debe mantener intactos sus poderes autónomos, respondiendo ahora, en su caso, ante la correspondiente instancia europea.

Respecto a la supervisión, tiene dos tareas específicas atribuidas tradicionalmente:

---

<sup>727</sup> Artículo 3.Objeto. El Banco de España tendrá a su cargo la puesta en circulación de la moneda metálica y la emisión de los billetes de curso legal, y administrará y regulará la circulación de monedas y billetes de acuerdo con las necesidades de la economía; prestará gratuitamente los servicios financieros de la Deuda Pública y los demás de Tesorería del Estado; actuará como Banco de Bancos; centralizará las reservas metálicas y de divisas y el movimiento de los cobros y pagos con el exterior, y desarrollará en sus vertientes interior y exterior la política monetaria de acuerdo con los objetivos generales fijados por el Gobierno, instrumentándola del modo que considere más adecuado para el cumplimiento de los fines a alcanzar, en especial el de salvaguardar el valor del dinero. Asimismo, el Banco de España ejercerá las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro en él registradas y cualesquiera otras que le encomienden las Leyes. El Banco de España informará y asesorará al Gobierno en todas estas materias, pudiendo tomar la iniciativa en la elaboración de los informes, siempre que lo estime conveniente para los intereses generales. Asimismo informará a las Cortes Generales a solicitud de éstas, siguiendo los cauces que al efecto se establezcan.

<sup>728</sup> La función de ordenación está dada para garantizar la solvencia de esta entidad, la existencia de está sistema pública de garantía se justifica en la necesidad de proteger, por un lado, a los impositores y por otro lado al sistema económico.



- Vigilar y controlar y
- Prevenir y evitar las actuaciones incorrectas.

Tiene un elemento esencial, el cual se traduce en contar con información para posteriormente adoptar decisiones, su función principal es prevenir, y en su caso corregir las situaciones irregulares deducidas a partir de las información obtenida<sup>729</sup>. Respecto a la facultades de control, este se ejercita sobre la información y datos que son suministrados, con el fin de determinar la situación y evolución del cumplimiento de las normas jurídicas correspondientes o en su caso, efectuar inspecciones con el fin de realizar los exámenes y respectivos análisis de los estados contables y balances de las entidades, sometidas a su vigilancia y control.

3. *Sanción*: facultad compartida, atendiendo a que el Banco de España se encarga de instruir todos y cada uno los expedientes iniciados con el fin de sancionar a las entidades que hayan incumplido las leyes; la imposición de las sanciones está atribuida al Ministerio, el cual las asigna la sanción de acuerdo con la gravedad de la conducta. Correspondera al Consejo del Banco aprobar las propuestas de Sanciones que deberá elevar al Ministro de Economía y Hacienda. En los supuestos en los que los que se habilite expresamente al Banco de España este podrá imponer sanciones.<sup>730</sup>

4. *Intervención*: se debe precisar que el Banco de España, por mandato legal puede intervenir a las entidades o substituir de manera provisional de sus órganos de administración o dirección de cada una de las entidades que esta vigila y controla.

#### *Supervisión del sistema crediticio.*

La regla de autonomía se basa en la firme confianza en el ente encargado de asegurarlo; así que, si el sector se siente con suficientes capacidades para salvaguardarlo, no vale la pena que el Gobierno intervenga en su control. De nuevo, hay que remitir, lo que es propio de otro trabajo, al profundo impacto que las nuevas reglas comunitarias, europeas por usar la terminología ya aceptada, está imponiendo en este sector.

No podemos dejar de lado la potestad reglamentaria del Banco de España<sup>731</sup>, ateniendo a que una de las facultades características de este tipo de entidades es su potestad normativa. El Banco emite dos tipos de instrumentos normativos ejercicio de dicha atribución, como lo son las Circulares Monetarias y las Circulares, conforme a lo establecido en la Ley 12/1998<sup>732</sup>, la

<sup>729</sup> En el ámbito bancario, se traduce en una actividad de control de las entidades de crédito, realizada por autoridades de crédito competentes que se da con el fin de prevenir las situaciones irregulares en que pudieran incurrir dichas entidades en el desarrollo de su actividad bancaria.

<sup>730</sup> Ley 12/1998, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España. Artículo tercero Modificaciones en el capítulo III de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

<sup>731</sup> PANADÈS ESTRUCH, LAURA. "La potestad...Op. cit. Pp. 8

<sup>732</sup> Tres. El artículo 3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, quedará redactado como sigue:

«Artículo 3. Disposiciones dictadas por el Banco de España.

característica de ambas es que cuentan con un mismo régimen de aplicación, de entrada en vigor y las mismas vías de impugnación<sup>733</sup>. Naturalmente, hoy en día, serán tanto los Supervisores Europeos, como el Banco Central Europeo, los que determinen las funciones de ejercicio de tales potestades.

---

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.3 el Banco de España podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 7.3 desarrolladas en la sección 1.<sup>a</sup> y el artículo 15 del capítulo II de esta Ley, que se denominarán "Circulares monetarias".

Asimismo, para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias, podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se denominarán "Circulares".

2. Unas y otras disposiciones serán publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" y entrarán en vigor conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil. Se elaborarán, previos los informes técnicos y jurídicos que preceptivamente deberán emitir los servicios competentes del Banco y aquellos otros informes y asesoramientos que éste estime conveniente solicitar. No les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, si bien, en el caso de las "Circulares", deberán ser oídos los sectores interesados.

Las disposiciones dictadas por el Banco de España serán susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.»

<sup>733</sup> PANADÈS ESTRUCH, LAURA. "La potestad...Op. cit. Pp. 8

INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL BANCO DE ESPAÑA	
CIRCULARES MONETARIAS	CIRCULARES
<p>Circulares que puede expedir en función de las atribuciones dadas según el artículo 7.3 de la Ley 12 de 1998<sup>734</sup>, tareas que corresponden a la transferencia de competencias a la Unión Europea en el ámbito económico.</p> <p>La particularidad de dichas Circulares, es que son expedidas atendiendo a que el Banco hace parte del Sistema Europeo de Bancos Centrales y se encuentran sometidas a las Directrices previstas por parte del Banco Central Europeo.</p>	<p>Las expiden en función de las atribuciones dadas en virtud del artículo 7.6 de la Ley 12/1998<sup>735</sup>.</p> <p>Su finalidad es concretar las labores de ordenación y supervisión del Sistema Bancario Español.</p> <p>Dichas circulares se deben expedir con sujeción a la Ley y debe atenderse que el Gobierno puede ejercer su potestad Reglamentaria, de allí que las circulares deben atender tanto a la Ley y al Reglamento expedido por el Gobierno.</p>

**Cuadro 17 - Fuente Ley 12/1998 - Creación Propia: Instrumentos Normativos del Banco de España.**

La existencia de esta entidad, se justifica, al ser un órgano que no genera ningún tipo de desconfianza, por ser un organismo de características técnicas, cuyos miembros son elegidos por su capacitación profesional, que actúan bajo el imperio de la ley, sujeto también a criterios técnicos y ajenos a las presiones políticas; de ahí que su independencia genere mayor grado de confianza y su labor se desarrolle con mayor facilidad, lo cual permite que se adopten decisiones importantes, como imponer sanciones, intervenir de manera eficaz al sector bancario y monetario contando con un conocimiento amplio del sector<sup>736</sup>.

<sup>734</sup> Uno. El artículo 7 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, quedará redactado como sigue:

3. El Banco de España participará en el desarrollo de las siguientes funciones básicas atribuidas al SEBC:

a) Definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad.  
b) Realizar operaciones de cambio de divisas que sean coherentes con las disposiciones del artículo 109 del Tratado.  
c) Poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros. No obstante, el Gobierno podrá tener y gestionar fondos de maniobra en divisas, conforme a lo previsto en el artículo 105.3 del Tratado.  
d) Promover el buen funcionamiento del sistema de pagos.  
e) Emitir los billetes de curso legal.

f) Las demás funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC.

<sup>735</sup> Uno. El artículo 7 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, quedará redactado como sigue:

6. El Banco de España deberá supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y de la cooperación de éstas con el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión.

<sup>736</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *La autonomía de los bancos centrales*. PEE, nº 43, Madrid, 1990.

### 3.1.3. Comisión Nacional del Mercado de Valores

Creada por la Ley 24/ 1988<sup>737</sup>, como un ente encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de las cuentas de personas físicas y jurídicas s relacionan.

La función principal que desempeñan es la supervisión y control de los mercados de valores, como un ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia, plena capacidad pública y privada que se rige por lo dispuesto en su ley.

Sus miembros son nombrados y separados por el Gobierno, lo cual se constituye en la diferencia principal con otras Agencias donde los integrados son designados por parte del Parlamento, lo que garantiza su independencia. No sucede lo mismo con la Comisión Nacional del Mercado de Valores; no cuenta con la facultad de darse su propio reglamento, como sucede con otras entidades, sus competencias y atribuciones están dadas por parte de la Ley de su creación, y las demás que le sean atribuidas por el Gobierno o el Ministerio de Economía y Hacienda.

La doctrina<sup>738</sup> considera que la autonomía de esta entidad, está dada por la duración del mandato de sus miembros, el cual no coincide con el período del presidente del Gobierno y la independencia que tiene del Gobierno en el ejercicio de la función de supervisión, la cual ejercita de una manera eficaz<sup>739</sup>.

La Ley de su creación le atribuyó la función de supervisión como la principal a ser desempeñada por parte de esta autoridad, como el ente encargado del control y vigilancia de los mercados de valores, pero esto no impide que desarrolle de manera accesoria otro tipo de funciones, como lo son la asesorar al Gobierno.

---

<sup>737</sup> Artículo 13.

Se crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la que se encomiendan la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que se le atribuyen en esta Ley.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores asesorará al Gobierno y al Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, a los órganos equivalentes de la Comunidades Autónomas en las materias relacionadas con los mercados de valores, a petición de los mismos o por iniciativa propia. Podrá también elevar a aquellas propuestas sobre las medidas o disposiciones relacionadas con los mercados de valores que estime necesarias. Elaborará y dará publicidad a un informe anual en el que se refleje su actuación y la situación general de los mercados de valores.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores elevará anualmente, a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda del Congreso de los Diputados, un informe sobre el desarrollo de sus actividades y sobre la situación de los mercados financieros organizados. El Presidente de la Comisión comparecerá ante la citada Comisión del Congreso para dar cuenta de tal informe, así como cuantas veces sea requerido para ello.

<sup>738</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. Op. cit., Pp. 167 y ss.

<sup>739</sup> La eficacia se mide según dos parámetros: en primer lugar, la intensidad y la eficacia del control sobre los agentes del sector y en segundo lugar, la confianza que se alienta, en los mismos agentes, particularmente en los inversores.

El objetivo de la supervisión es verificar todas y cada una de las actividades que se dan en el mercado de valores, con el fin de velar por la transparencia del mismo, el correcto ajuste de los precios y la protección de los inversores y verificar el correcto cumplimiento de la legislación, lo cual le permite:

- a) Supervisar-Inspeccionar las emisiones de valores y a los intermediarios, para garantizar que el precio refleje completamente toda la información relevante de la cual disponen, fundamentalmente, las empresas cotizadas.
- b) Controlar los intermediarios, en cuanto a los registros de insolvencia y la liquidez, así como las normas de control de la clientela y verificar la misma cuando existe algún tipo de inexactitud que devenga en un incumplimiento o diferencia.
- c) Solicitar y divulgar la información: esta puede ser solicitada, se establece por la Ley y las disposiciones reglamentarias que la desarrollan, entre las que se incluyen las circulares de la CNMV.
- d) Supervisar las transacciones sobre los valores, seguimiento que se efectúa en tiempo real, de la formación de precios y volúmenes de negociación.

La facultad de supervisión, está acompañadas de la potestad sancionadora como instrumento que da eficacia a aquella función y a sus poderes. Para el ejercicio de esta, la Ley le permite instruir los expedientes sancionadores y puede imponer las sanciones correspondientes a las infracciones leves, respecto a las graves, son impuestas por el Ministerio previo informe del Comité Consultivo.

Asimismo, le ha sido atribuida la potestad reglamentaria que puede ejercerla de manera autónoma o como potestad reglamentaria derivada<sup>740</sup>, en el entendido de que esta Comisión solo podrá dictar disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobado por el Gobierno o en las Órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estos cuenten con la habilitación legal para ello. Dichos instrumentos normativos tienen la denominación de Circulares, la cuales deberán contar con los correspondientes informes técnicos y jurídicos antes de su elaboración<sup>741742</sup>.

#### 3.1.4. Agencia de Protección de Datos<sup>743</sup>

---

<sup>740</sup> Art. 15.1º de la Ley 24/1998.

<sup>741</sup> Artículo 23 y 24 de la Ley del Mercado de Valores

<sup>742</sup> PANADÈS ESTRUCH, LAURA. *“La potestad...Op. cit. Pp. 13. “Podemos afirmar, entonces, que la potestad reglamentaria de esta Administración Independiente está basada en una dependencia funcional de la potestad reglamentaria del Gobierno. Es decir, que está supeditada al desarrollo y ejecución de las normas aprobadas por el Gobierno mediante Real Decreto por el Ministerio de Economía y Hacienda mediante Orden cuando éstas así lo establezcan expresamente. Sus circulares están constreñidas a la voluntad del Gobierno o el Ministerio de Economía y Hacienda y en los términos que establezcan”.*

<sup>743</sup> PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS y CANALES GIL, ÁLVARO. *Legislación de protección de datos*. Iustel. Madrid. 2011. Igualmente, de PIÑAR MÑAS, JOSÉ LUIS. *Protección de Datos: Origen, situación actual y retos de futuro*. Disponible en: [http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada15/2\\_PINAR\\_1.pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada15/2_PINAR_1.pdf) [en línea] (Consultado 04/04/2014).

Creada mediante la Ley Orgánica 5/1992<sup>744</sup>, como un ente dotado con personalidad jurídica, tal como se precisaba en el artículo 34 de la mencionada Ley<sup>745</sup>, siendo un órgano específico para la Protección de Datos, atendiendo al carácter técnico de los datos personales, que requiere que la Autoridad de Control sea especializada en cuanto a su tratamiento y responsabilidad. La Ley estableció un esquema básico en cuanto a su estructura, funciones y competencias.

En el año 1999, conforme a lo previsto en la Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995<sup>746</sup> relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece la obligación a cada Estado de crear un Autoridad de control en materia de Protección de Datos. Ejercería sus funciones con total independencia, modificando la legislación vigente sobre esta materia, que se concreta en la Ley Orgánica 15/1999<sup>747</sup>, la cual deroga el régimen previsto en materia de protección de datos vigente hasta esa fecha, adecuándola a las exigencias comunitarias. Se refuerzan las funciones y potestades, atribuidas a la Agencia de Protección de Datos, creada en el año de 1992, estableciendo un nuevo régimen respecto a la misma, dedicando el Título V a la Agencia de Protección de Datos, cuya función general, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley es la *de Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.*

a. Naturaleza Jurídica de la Agencia de Protección de Datos.

Ley Orgánica vigente hasta el año 1999, establecía la independencia otorgada a esta agencia basándose en el ámbito de las funciones que le fueron encomendadas, en particular el manejo, guardia y custodia de la información que se transfiere por medios electrónicos y telemáticos, que deben ser protegidos y por ende restringir su circulación. Para ello establece una entidad que garantiza la efectiva protección de estos datos. En el ámbito funcional, su Director, ejercía todas y cada una de las con plena autonomía, sin estar sometido a ninguna instrucción, y las decisiones que se adoptaban por este ente no estaban sujetas a los recursos ordinarios, sino directamente al juicio contencioso administrativo.

---

<sup>744</sup> Artículo 34. Naturaleza y régimen jurídico.

1. Se crea la Agencia de Protección de Datos.

2. La Agencia de Protección de Datos es un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones. Se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en un Estatuto propio que será aprobado por el Gobierno, así como por aquellas disposiciones que le sean aplicables en virtud del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria.

<sup>745</sup> MUÑOZ I BAS. XAVIER. "La Agencia de Protección de Datos". En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 147. Septiembre-diciembre de 1998. Pp. 381- 421.

<sup>746</sup> DIRECTIVA 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>747</sup> LEY ORGÁNICA 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (BOE Núm. 298 de 14/12/1999).

La Ley Orgánica 15/1999, precisa que la Agencia de Protección de Datos es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones. Se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en un Estatuto propio, que será aprobado por el Gobierno. Todo ello como Organismo Público conforme a lo previsto en la disposición adicional décima de la Ley 6/1992, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>748</sup>.

Atendiendo a su autonomía, los puestos de trabajo de los órganos y servicios que integren la Agencia de Protección de Datos serán desempeñados por funcionarios de las Administraciones públicas y por personal contratado al efecto, según la naturaleza de las funciones asignadas a cada puesto de trabajo, por lo cual cuenta con personal funcionario y laboral. Este personal está obligado a guardar secreto de los datos de carácter personal de que conozca en el desarrollo de su función.

En cuanto a su autonomía financiera, esta Agencia, para dar cumplimiento a los fines que le han sido asignados tanto por la Directiva, como por la Ley, contará con un conjunto amplio conjunto de bienes y medios económicos, destacándose las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado así como los bienes y valores que constituyan su patrimonio, los productos y rentas del mismo y cualesquiera otros que legalmente puedan serle atribuidos. Sumado a las anteriores consideraciones, dicha Agencia elaborará y aprobará con carácter anual el correspondiente anteproyecto de presupuesto y lo remitirá al Gobierno para que sea integrado, con la debida independencia, en los Presupuestos Generales del Estado.

Asimismo anualmente presente una memoria de las actividades el cual deberá ser publicado.

#### b. Estructura Interna

En cuanto a su estructura, conforme a lo previsto en el artículo 36 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999<sup>749</sup>, contará con un Director, el cual detendrá la representación legal de la Comisión tanto a nivel externo como interno, el cual será elegido dentro de los miembros que conforman el Consejo Consultivo de la Agencia, para un período de 4 años, lo que le garantiza contar con un margen de estabilidad al margen de los cambios políticos. El Director es el órgano de mayor importancia dentro de la estructura que contiene la Ley. El sistema de designación previsto en la Ley Orgánica, le permite ejercer sus funciones con plena independencia y objetividad y no estará sujeto a ningún tipo de instrucción para el desempeño de las funciones previstas en ella.

---

<sup>748</sup> Artículo 35.

<sup>749</sup> LEY ORGANICA 5/1992, indicaba que la Agencia de Protección de Datos se encontraba estructurada en cinco órganos a saber: El Director, el Consejo Consultivo, el Registro General de datos, la Inspección de Datos y la Secretaria General.

Vale la pena recordar que durante la vigencia de la Ley 5/1992, el Gobierno era el encargado de realizar su nombramiento dentro de los miembros del Consejo Consultivo, aspecto que fue cuestionado abiertamente, porque se consideraba como una intromisión del Gobierno en la actividad a ser desempeñada por parte del Director y que menoscaba la independencia de la entidad y el margen de actuación de la misma.

Este mecanismo de designación difería de los previstos para las demás Comisiones y Agencia de España, particularmente al de la CNMC, donde el nombramiento se realiza por parte del Gobierno previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, teniendo presente, que la fórmula prevista en la Ley Orgánica de 1999, fue incorporada en uno de los anteproyectos de Ley de la Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como uno de los criterios para garantizar la independencia de la entidad, ajeno a los intereses del Gobierno.

El Director, que designe el Consejo Consultivo, ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad y no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas. Asimismo, la Ley prevé los motivos de cese del Director, el cual sólo cesará antes de la expiración del período a que se refiere el apartado 1, a petición propia o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción de expediente, en el que necesariamente serán oídos los restantes miembros del Consejo Consultivo, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, incompatibilidad o condena por delito doloso.

Asimismo, la Agencia cuenta con un Consejo Consultivo (art. 38), como órgano colegiado donde se ven representadas diversas instituciones e intereses y cuya función es asesorar al Director de la Agencia. Su composición es bastante diversa, al contar con representación de los diversos estamentos gubernamentales y de asociaciones, de allí que cuente con: Un Diputado, propuesto por el Congreso de los Diputados; un Senador, propuesto por el Senado; un representante de la Administración Central, designado por el Gobierno, un representante de la Administración Local, propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias; un miembro de la Real Academia de la Historia, propuesto por la misma, un experto en la materia, propuesto por el Consejo Superior de Universidades, un representante de los usuarios y consumidores, seleccionado del modo que se prevea reglamentariamente; un representante de cada Comunidad Autónoma que haya creado una agencia de protección de datos en su ámbito territorial, propuesto de acuerdo con el procedimiento que establezca la respectiva Comunidad Autónoma; un representante del sector de ficheros privados, para cuya propuesta se seguirá el procedimiento que se regule reglamentariamente. Su mandato será de cuatro años, y según el Estatuto Orgánico de la Comisión se precisa, como será su forma de designación y las excepciones previstas para dejar de ser miembro del Consejo, como lo son ser nombrado



Director de la Agencia, la renuncia anticipada, la pérdida de la condición que lo habilita para ser miembro del Consejo Consultivo de la Agencia<sup>750</sup>.

No existe un listado de temas sobre los cuales se requería el asesoramiento del Consejo Consultivo, dejando al arbitrio del Director los asuntos y temas a los cuales deberá acudir al Consejo<sup>751</sup>.

Por último la Ley, prevé como un órgano de la Agencia de Protección de Datos, el Registro General de Protección de Datos, cuya función es la de velar principalmente por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de carácter personal. Por lo tanto, en este Registro, deberán inscribirse los ficheros de que sean titulares las Administraciones públicas; los ficheros de titularidad privada, las autorizaciones a que se refiere la presente Ley; los códigos tipo a que se refiere el artículo 32 de la presente Ley, los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición. En este orden de ideas la principal función del Registro, es la realización de los asientos de inscripción, las rectificaciones, certificaciones y la publicación de la relación anual de ficheros, tal como se precisa en la sección 4, del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.

### c. Funciones

La competencia general atribuida a la Comisión es la de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación. Existen una serie de funciones, previstas para dar alcance a la función general prevista en el literal a) del artículo 37 de la Ley Orgánica 15/1999 y lo previsto en el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos<sup>752</sup> ha clasificado de la siguiente forma<sup>753</sup>:

---

<sup>750</sup> REAL DECRETO 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.

<sup>751</sup> MURO I BAS. XAVIER. *“La Agencia de Protección...”* Op. Cit. Pp. 414. Lo conveniente sería como precisa el autor, que el Director, solicitara al Consejo en aquellos asuntos que ameriten la adopción de decisiones relevantes, como la adopción de instrucciones de adecuación de la Ley, como de otro tipo de instrumentos para el ente y el desarrollo de las funciones que le han sido encomendadas. Podrían sumarse la de consulta sobre el anteproyecto de presupuesto que debe ser remitido al Ministerio para la posterior aprobación por parte de las Cortes.

<sup>752</sup> CAPITULO II. Funciones de la Agencia de Protección de Datos. Artículos 3 y ss.

<sup>753</sup> MURO I BAS. XAVIER. *“La Agencia de Protección...”* Op. Cit. Pp. 388 y ss., quien realiza una clasificación de las funciones desempeñadas por la Agencia de Protección de Datos, bajo la vigencia de la Ley Orgánica reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 29 de octubre de 1992:

- a) De intervención: donde la Agencia de Protección de Datos, podía emitir las autorizaciones previstas en la LORTAD o en las disposiciones reglamentarias de desarrollo, ordenar la cesación de los tratamientos de datos de carácter personal y la cancelación de ficheros, ejercer la potestad sancionadora, ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación a los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.
- b) Consultivas: informar de manera preceptiva sobre todos los proyectos que desarrollaran la LORTAD.

<b>EN RELACIÓN CON LOS AFECTADOS</b>	<b>ATENDER A SUS PETICIONES Y RECLAMACIONES.</b>	<b>EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS</b>	<b>EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES</b>	<b>OTRAS FUNCIONES</b>
-Atender a sus peticiones y reclamaciones.  -Información de los derechos reconocidos en la Ley.  -Promover campañas de difusión a través de los medios.	-Emitir autorizaciones previstas en la Ley.  -Requerir medidas de corrección.  -Ordenar, en caso de ilegalidad, el cese en el tratamiento y la cancelación de los datos.  -Ejercer la potestad sancionadora. Recabar ayuda e información que precise.  -Autorizar las transferencias internacionales de datos.	-Informar los Proyectos de normas de desarrollo de la LOPD.  -Informar los Proyectos de normas que incidan en materias de protección de datos.  -Dictar Instrucciones y recomendaciones de adecuación de los tratamientos a la LOPD.  -Dictar recomendaciones en materia de seguridad y control de acceso a los ficheros.	Tutelar los derechos y garantías de los abonados y usuarios en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, incluyendo el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalente	-Velar por la publicidad en los tratamientos.  -Cooperación Internacional. Representación de España en los foros internacionales en la materia.  -Control y observancia de lo dispuesto en la Ley reguladora de la Función Estadística Pública.  -Elaboración de una Memoria Anual, presentada por conducto del Ministro de Justicia a las Cortes.

**Cuadro 18 - Fuente Ley 15/1999 y Estatuto de la Agencia de Protección de Datos - Creación Propia: Funciones de la Agencia de Protección de Datos.**

d. Potestades la Agencia de Protección de Datos:

La Directiva 95/46, establece en el artículo 28 que la Autoridad de control, en este caso concreto la Agencia de Protección de datos, dispondrá de una serie de poderes, mediante los cuales podrá ejercer las funciones que le han sido encomendadas y de esta manera alcanzar el objetivo que es la adecuada y oportuna protección de los datos personales, en la Unión Europea.

Los poderes conferidos por parte de la Directiva son:

- 
- c) Registrales, de divulgación o de información pública: destacándose la de proporcionar la información a las personas acerca de sus derechos sobre en tratamiento automatizado de datos personales, velar por la publicidad de los ficheros existentes.

- Poderes de Investigación, como el derecho de acceder a los datos que sean objeto de un tratamiento y el de recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de su misión de control;

- Poderes efectivos de intervención, como, por ejemplo, el de formular Dictámenes antes de realizar los tratamientos, con arreglo al artículo 20, y garantizar una publicación adecuada de dichos Dictámenes, o el de ordenar el bloqueo, la supresión o la destrucción de datos, o incluso prohibir provisional o definitivamente un tratamiento, o el de dirigir una advertencia o amonestación al responsable del tratamiento o el de someter la cuestión a los parlamentos u otras instituciones políticas nacionales;

Por lo tanto, para el desarrollo oportuno de sus tareas conforme a lo previsto en la Directiva, la Agencia cuenta con un conjunto de potestades claramente definidas en la Ley y desarrolladas, tanto en el Estatuto como el Real Decreto 1720/2007, como lo son las potestades Inspección o Investigación y Sanción. Algún sector de la doctrina<sup>754</sup>, considera que a pesar de encontrarse consagradas expresamente en la Ley, la Agencia de Protección de Datos, cuenta con una posible potestad normativa y así como una posible potestad arbitral. Solamente, nos referiremos a las potestades expresamente reconocidas en la Ley, que corresponde a las de Inspección y Sanción.

#### -Potestad de Inspección

Es una de las facultades expresamente previstas en la Ley. Algunos han considerado que esta facultad deberá englobarse dentro de una potestad más amplia como es la de investigación<sup>755</sup>, pero atendiendo a lo previsto en la Directiva 95/46, y en otras Comisiones, al ser un término más amplio que engloba a la inspección.

Dicha potestad faculta a la Agencia a recabar la información que sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones. A tal efecto, como se indica en el apartado segundo, del numeral primero del artículo 40, podrá solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, así como inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, accediendo a los locales donde se hallen instalados, aspectos característicos de la inspección<sup>756</sup>.

#### -Potestad Sancionadora.

Potestad, expresamente reconocida en el artículo 37 literal g), donde se indica que la Agencia, ejercerá esta atribución de acuerdo con los términos previstos en el Título VII, denominado de Infracciones y Sanciones.

---

<sup>754</sup> Vid. BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las Administraciones...* Op. cit. 253 y ss.

<sup>755</sup> MURO I BAS. XAVIER. "La Agencia de Protección Pp. 403. En igual sentido, MALARET I GARCÍA, ELISENDA. "La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional)". En VVAA: *Revista Española de derecho administrativo*, Nº 76, 1992, págs. 557-598

<sup>756</sup> Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, SECCION 5, donde se precisa en qué consiste esta potestad, como la funciones instructoras de los expedientes

En dicho Título, se tipifican las infracciones en leves, graves y las correspondientes sanciones por el incumplimiento a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, así como las normas sobre la prescripción, personas responsables, procedimientos, las infracciones a las que pueden estar sujetas las Administraciones Públicas.

En el ámbito de las sanciones, éstas son de carácter pecuniario, en función del tipo de infracción que se haya cometido. Precisando que el órgano sancionador impondrá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones. El procedimiento sancionador se regirá de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, donde se especifican los procedimientos relativos a la potestad sancionadora en cabeza de la Agencia<sup>757</sup>.

### **3.2. SEGUNDA ETAPA: CREACIÓN DE LAS COMISIONES REGULADORAS**

Antes de abordar de manera general las particularidades de cada una de las Comisiones Reguladoras existentes antes de la fusión en un solo regulador en que se agrupan las funciones de competencia y supervisión regulatoria, es necesario realizar unas premisas sobre la incorporación de este tipo de entidades en el Ordenamiento Jurídico Español, y las implicaciones que ha derivado contar con una Regulador Independiente en los sectores liberalizados<sup>758</sup>.

El nuevo diseño producto del proceso de la liberalización en los años 80 en Europa, trajo consigo una modificación del modelo regulatorio, en la forma de prestar los servicios y de las relaciones entre el Estado, los operadores, la modificación de las tarifas por precios, de los consumidores cuya denominación cambió a la de “usuarios” y la importancia que tiene la prestación de los servicios en un régimen de competencia<sup>759</sup>. Nuevas entidades y la separación

---

<sup>757</sup> Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. CAPÍTULO III Procedimientos relativos al ejercicio de la potestad sancionadora.

<sup>758</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *L'expérience espagnole...* Op.cit. Pp. 418-419. En su estudio clasifica a las autoridades independientes en función de sus elementos comunes como en sus elementos discordantes. Como elementos comunes se destacan i) a nivel institucional, garantías de independencia, ii) funcionalmente, todas las funciones se orientan a proteger los derechos e intereses de los ciudadanos. Las diferencias entre los dos grupos administraciones independientes se diferencian fundamentalmente en este último aspecto es que hay entidades encargadas de regular los derechos fundamentales y las entidades encargadas de la supervisión del mercado y la protección de los derechos de los sujetos mercado (especialmente los de los consumidores). En efecto, el mercado perfecto es el lugar donde se satisface el interés privado e interés público. En este contexto teórico (pero no es real), es posible que la satisfacción de los intereses privados pueda llegar por una mano invisible, a la satisfacción del interés general. Esta circunstancia explica, en última instancia, cómo un gobierno de expertos independientes puede solucionar los problemas de supervisión de mercados determinados (los considerados estratégicos punto de vista del interés general).

<sup>759</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso...* Op. cit. Pp. 2 y ss.

entre la prestación y la labor de regulación se constituyan como elementos fundamentales para la consolidación de diversos mercados regulados con diversos Reguladores encargados de velar por el cumplimiento de los mandatos previstos en las Directivas Comunitarias<sup>760</sup>. El diseño escogido respondía a organismos con personalidad jurídica independiente, de carácter colegiado, de carácter permanente, integrado por personas con amplios conocimientos técnicos por la especialidad de los sectores a regular<sup>761</sup>, (dichos conocimiento repercutirán en la forma de regular, la cual debe ser ajena a cual tipo interés ya sea por parte del Gobierno o por parte de los agentes del mercado<sup>762</sup>), encargadas de cumplir todas y cada una de las competencias asignadas a cada una de las Comisiones de acuerdo con el marco competencial asignado a cada uno de ellas en virtud de las leyes de creación de este tipo de organismos. La estructura prevista debe garantizar la independencia respecto de las instituciones político-administrativas y la separación tanto de las labores de regulación como de prestación de los servicios<sup>763</sup>, de allí su

<sup>760</sup> Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Documento 4... *Op cit.* 8, donde se precisa que el fenómeno dio lugar a importantes transformaciones en algunos sectores siguiendo la tendencia comunitaria y cómo una forma de estar acorde con las políticas europeas sobre esta materia era aceptar este tipo de Agencias. El inconveniente es que no todos los sectores tuvieron el mismo desarrollo en la consolidación de Autoridades Reguladoras Independientes, por las particularidades de cada mercado, lo cual viene a ser modificado por las reformas que se han dado en cuanto a la estructura y funciones de las Comisiones u Organismos Reguladores como se precisa en la Ley 2 /2012 en su artículo 8 y ss. *“Ninguna de las normas que las creó justificó esta opción con demasiados detalles: se creaban Comisiones al tiempo, más o menos, que desaparecían los monopolios, la actividad económica dejaba de configurarse como servicio público y se liberalizaban los mercados. Y como esto no sucedió simultáneamente en todos los sectores, en unos surgieron los nuevos reguladores antes que en otros. Además, las enormes diferencias técnicas y las peculiaridades de funcionamiento de las respectivos mercados conducían de modo natural a la sectorialización”*.

<sup>761</sup> BALADO RUIZ-GALLEGOS, MANUEL. *“Regulación y crisis... Op. cit.* 46.

<sup>762</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio de sus funciones en el Nuevo entorno competitivo”*. En VVAA: *Regulación Sectorial y Competencia*. Civitas Ediciones. Madrid. 1999. Pp. 93-108. *“Los rasgos fundamentales de este tipo de órganos son los de neutralidad e independencia del poder político. Por esta razón se considera que son los órganos independientes los que mejor pueden atender a las necesidades de regulación para determinado sectores económicos o industriales, caracterizados generalmente por una gran complejidad técnica. Su independencia les permite mantener ajenos a los vaivenes políticos de cada momento en concreto, además de que su imparcialidad les permite actuar como árbitros ante los diferentes intereses en juego, lo que supone una mayor garantía de objetividad en sus decisiones. Para sectores complejos, con unas características muy específicas, además parece adecuado que existan unos órganos especializados con una alta cualificación técnica y que puedan regular, de manera ajena y con objetivos específicos para el sector concreto que regulan, y que no tienen por qué coincidir en ocasiones en su totalidad con los interés de la política económica general o global de un país”*.

<sup>763</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. *“Conferencia: Las relaciones y delimitación de...Op.cit.* Pp. 79 y ss. Quien precisa los siguientes aspectos respecto al Diseño de la organización, aspectos que fueron tenidos en cuenta para la creación de las diversas comisiones en el entorno español, las cuales se han ido transformando de manera gradual de acuerdo a las Directivas Comunitarias, al mercado y a los avances tecnológicos, sobre el particular indica: *“Diseño de la organización idónea ( en cuanto a estructura, integración y funcionamiento), que i) puede ser diversa (respondiendo a los tipos fundamentales representados por la organización unipersonal y la colegiada, siendo obviamente preferible el segundo cuando, por razón del sector de que se trate, sea precisa asegurarse una precisa representatividad de éste; ii) debe proporcionar, además de la suficiente capacidad técnica y, en su caso, representatividad (que no representación) de las cualificaciones e intereses implicados, de un lado, el grado necesario de independencia respecto de las instituciones político administrativas y, de otro lado, la indispensable separación respecto del sector-mercado objeto de regulación (requisito bidireccional éste de gran importancia, en la medida en que de su cumplimiento depende que la organización tenga o no distancia respecto de los asuntos sobre los que ha de pronunciarse o, incluso, decidir; distancia, que es imprescindible para la objetividad de la actuación de la organización en cuanto*

tendencia a una neutralidad política y la objetividad e independencia de los agentes en el sector, para lo cual se les confirió un amplio conjunto de competencias<sup>764</sup>.

Es por esta razón, que las Comisiones<sup>765</sup>(Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Energía y Comisión Nacional del Sector Postal<sup>766</sup>) que serán objeto de análisis a continuación, son creadas en el Ordenamiento Español como resultado de la transposición obligatoria de los instrumentos normativos comunitarios, donde se señalaba la necesidad de contar con un ente regulador independiente, dotado de personalidad jurídica propia, con autonomía financiera y presupuestaria y sin ningún tipo de influencia por parte de la Administración Central y de los Agentes participantes en el mercado a regular<sup>767</sup>. Son los mismos instrumentos comunitarios quienes determinaron qué tipo de configuración orgánica deberían tener este tipo de organismos, la forma de designación de sus miembros, su nombramiento y las razones por las cuales deberían cesar en su cargo, como elementos fundamentales para garantizar la independencia de la entidad y de las funciones encargadas de cumplir, que en ciertos aspectos pueden interferir o considerarse duplicadas respecto a funciones que son ejercidas por otras Agencias o Comisiones, y podrían ser consideradas como una doble intervención reguladora<sup>768</sup>.

Una vez efectuada la transposición de las Directivas, el problema jurídico principal, consistía en determinar dentro de qué figura jurídica entre las consagradas y reconocidas en el

---

*tal); y iii) ha de atribuir un bloque competencial – compacto y coherente con independencia de su extensión y especialidad – suficiente y adecuado para una actuación “reguladora” que, aunque guiada por el Derecho ( el marco legal y reglamentario pertinente) puede ser desarrollada ( en el plano técnico y con arreglo a criterios, además de jurídicos, técnicos) bajo la propia responsabilidad y con la flexibilidad requerida por la lógica del correspondiente sector-mercado”.*

<sup>764</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión del Mercado...* Op.cit. Pp. 43. La función de regular debería ser desempeñado por un organismo independiente que diera seguridad jurídica y que permitirá una constante y adecuada transformación a cada uno de los sectores objeto de liberalización.

<sup>765</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *L'expérience espagnole...* Op.cit. Pp. 413 y ss. Señalando que si bien estas entidades cuentan con rasgos característicos de las administraciones independientes, distan de ser por encontrarse vinculadas al Ministerio competencia, de allí que su encaje dentro del sistema español fuera complejo, aspecto que fue modificado posteriormente en la Ley de Economía Sostenible, donde se pretendió unificar en una sola denominación los Organismos Reguladores.

<sup>766</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Los mercados de interés general...* Op. cit. Pp. 83. Quien precisa que el proceso de creación de todos y cada uno de los órganos reguladores que conocemos se da a partir de 1997, con la aprobación de la Ley 54/1997 dedicada a regular el sector eléctrico español y posteriormente la Ley General de Telecomunicaciones aprobada en 1998.

<sup>767</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión del Mercado...* Op.cit. Pp. 44. La independencia de cada uno de los reguladores sustrayendo de cada sector a regular viene dada por su especialidad tanto funcional atendiendo a las características propias de cada mercado y a la necesidad de asegurar la separación de las actividades de reglamentación, como de prestación de servicios y alejar a la regulación de las interferencias políticas, ya que la actividad de regulación requiere de un ente ágil, dinámico que reaccione de manera rápida ante los cambios que se originen, para la cual es necesario que se cuente con un estatuto legal adecuado, unas competencias definidas para la ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas.

<sup>768</sup> Círculo Cívico de Opinión. *Cuadernos. Documento 4...* Op.cit. Pp. 4. Quien alude al posible solapamiento entre las funciones en cabeza de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, los Órganos de Defensa de la Competencia y la Agencia de Protección de Datos.

Ordenamiento, podían dar cabida a estas instituciones, sin olvidar un aspecto muy importante: que su incorporación no fuese contraria a la Constitución y a las relaciones y sistemas de controles previstos por parte de las tres ramas del Poder Público.

Las Comisiones que describiremos a continuación responden a organismos cuya función principal es la de garantizar la competencia en los sectores que a bien se sirven regular<sup>769</sup> en el ámbito de sectores estratégicos como lo son: Telecomunicaciones, Energía y Postal, encargados de una regulación *ex ante* o *a priori*, cuya finalidad es precaver los eventuales o posibles fallos en el mercado, excluyendo a los reguladores en materia bancaria Banco de España y Comisión Nacional de Valores, ya que se ha considerado que su regulación debe de acuerdo a los criterios dados en el entorno comunitario e internacional, y fueron luego expresamente excluidos de la visión general que pretendió la Ley de Economía Sostenible, que tuvo la virtud, al menos, de fijar un tejido continuo, una visión de conjunto de las Agencias reguladoras ( y eventualmente de las no reguladoras) pero desde luego excluyendo a las financieras.

Los organismos reguladores objeto de estudio<sup>770</sup> nacen como producto de la liberalización, cuyo objetivo es la supervisión y control de los nuevos sectores liberalizados<sup>771</sup>. Se pretenden ajenos a cualquier tipo de relación jerarquía con los demás órganos de la Administración del Estado, a lo que se denominó como independencia organizativa e independencia funcional<sup>772</sup>, lo cual se constituye en el principal rasgo de las mismas y son creadas por la Ley, donde se define su estructura interna, sus funciones, de carácter técnico, imparciales y neutrales.

---

<sup>769</sup> SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. “*Las Relaciones y Delimitación de Funciones entre los Organismos Reguladores Sectoriales y las Autoridades de Defensa de la Competencia*”. En VVAA: *Derecho Administrativo y Regulación. Liber Amicorum*. Coordinadores. Juan Miguel de la Cuétara Martínez; José Luis Martínez López-Muñiz y Francisco J. Villar Rojas. LA LEY grupo Wolters Kluwer. Madrid. 2011.

<sup>770</sup> MEILAN GIL, JOSÉ LUIS. “*Los Órganos reguladores de España. Notas sobre una posible reforma*”. Ciudadanía y Valores Fundación. Madrid 28 de enero de 2010. Disponible en [www.funciva.org](http://www.funciva.org) [en línea]. (Consultada el 12/05/2012).

<sup>771</sup> LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, FRANCISCO DE BORJA. “*Agencias Administrativas Reguladoras...* Op.cit. Pp. 46.

<sup>772</sup> Ibidem. Pp. 48. Precisando su régimen jurídico de actuación, en el entendido que son entes de Derecho Público. Sobre el particular indica:

“En cuanto al régimen jurídico de estas entidades, destaca el que estén dotadas de personalidad jurídica pública. Son entes de Derecho público (p.ej., CNMV, art. 14 LMV): Su régimen queda excluido de las previsiones generales contenidos para la Administración instrumental del Estado, que, bajo la forma de organismos públicos - bien sean organismos autónomos o entidades públicas empresariales-, se regula en la LOFAGE; ver DA 10ª Ley 6/1997. Se rigen por la norma de creación – ley formal- y, supletoriamente, por lo establecido en la LOFAGE.

El Derecho aplicable a su actuación determina también la jurisdicción competente para conocer los conflictos que esa actuación suscite. Ese Derecho será el público siempre que ejerzan potestades públicas; es decir, cuando, conforme a la definición clásica, “creen, modifiquen, extingan relaciones jurídica de forma unilateral”. El régimen de contratación puede ser también público (CNE: DA 11ª, Primero, 2, LSH) o privado (CNMV: art 14 LMV), estando sometido el personal que en ellas preste servicios a régimen de incompatibilidades propio de los funcionarios civiles del Estado. El resto de sus actuaciones se someten al Derecho privado y al orden jurisdiccional civil o al social, según los casos. Especial interés tiene el régimen aplicable a los daños causados por estas entidades a terceros en el ejercicio de sus actividades- Este régimen es, en todo caso, el de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 144 LRJPAC) y la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que se susciten es la contencioso-administrativa – art. 9.4 LOPJ, art. 2. e) LJC-A.

A pesar de lo indicado por parte de la doctrina que la definición misma viene dada ya en el ordenamiento español<sup>773</sup>, si se cumplía con los criterios dados en las Directivas Comunitarias, su reconocimiento dentro de la estructura española se agrupa dentro de la categoría general prevista en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, Ley 6/1997, en su título III agrupa a todos los entes que cuentan cierto grado de autonomía, pero con un fuerte grado de adscripción al Ministerio competente en el sector a regular. Pero no incluye una definición o tipo específico denominado “organismo regulador”. Será de la lectura de la Disposición Adicional Décima de esta Ley donde se reconoce la existencia de una serie de organismos públicos, los cuales se regirán por la su Ley de creación y de manera supletoria por lo dispuesto por parte de lo dispuesto en la Ley 6/1997, en adelante LOFAGE. Paradójicamente, aunque de manera exhaustiva nos referimos a Agencias, la norma que se denomina “Ley 28/2006, de Agencias Estatales para la mejora de los Servicios públicos” no se aplica aquí, ya que no se trata propiamente de servicios públicos, sino de los nuevos servicios económicos de interés general. Pero el lenguaje legal debería haberse unificado, ya que es impropio y crea ofuscación hablar de una “ley de Agencias” y que justamente no se aplica a ninguna de estas “Agencias”. En realidad, la denominación que se utiliza, que es foránea, es la de “Comisión” y como además el concepto propiamente dicho en términos legales de “Agencia Reguladora” no aparece hasta la Ley de Economía Sostenible que se refiere solamente a los que aquí tratamos, tiene sentido que no se aplique la “ley de Agencias”, pero la confusión terminológica es completa y debería haberse aprovechado la ocasión para unificar terminología. En suma que lo que se aplica es la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, como norma matriz o de cabecera, además de la Ley de Economía Sostenible en su momento y desde luego la legislación sectorial correspondiente. Fijémonos en que la Ley 3/2013 de 5 de junio de 2013, de “Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, se refiere a estos efectos sólo y exclusivamente a la LOFAGE y ni menciona, ni siquiera indirectamente, la “Ley de Agencias” 28/2006 de 18 de julio (B.O.E. Nº 171 de 19 de julio). Un observador no experto, quedaría realmente sorprendido y es hora de criticar al Legislador por la escasa calidad que tienen las Leyes que llegan a inducir a confusión.

En fin, dichos organismos eran la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en adelante CMT, la Comisión Nacional de la Energía CNE en adelante, Comisión Nacional de la Competencia CNC en adelante y Comisión Nacional del Sector Postal CNSP en adelante<sup>774</sup>.

Tenían distinta aproximación a la independencia, a la relación con el Gobierno e incluso a diferentes grados de autonomía en la potestad sancionadora, presupuestaria, organizativa... No existía un traje común que unificara su ropaje jurídico<sup>775</sup>.

<sup>773</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “*Conferencia: Las relaciones y delimitación de...* Op.cit. Pp. 86 y ss.

<sup>774</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, ROSALÍA. “*Los Organismos Reguladores...* Op. cit. Pp. 9 y ss.

<sup>775</sup> Uno de los ejemplos más claros sobre este aspecto lo encontramos en el Consejo de Seguridad Nuclear, que desde su creación, como un ente de Derecho Público, dotado de personalidad jurídica propia e independiente de la Administración General del Estado y con una clara delimitación competencial al ser considerado como el único organismo competente para regular la seguridad nuclear y protección radiológica.



Los anteriores aspectos y la ausencia de una definición propia de organismos reguladores, viene a ser suplida a través de la expedición de la Ley de Economía Sostenible<sup>776</sup>, en adelante LES, dedicando un capítulo exclusivo a este tipo de organismos<sup>777</sup>. Selogra, introduciendo un marco horizontal, común a los organismos que a juicio del Gobierno contaban con la característica más o menos matizada, de la independencia, frente al Gobierno y frente al sector correspondiente; además su actuación se adecuaba con los principios de eficiencia y transparencia, para lo cual precisa la LES que dentro de esta categoría se agrupan a la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional del Sector Postal, declarando aplicables buena parte de sus preceptos a la Comisión Nacional de la Competencia. Logra ir estableciendo una estructura similar para las entidades cobijadas bajo la denominación de Organismos reguladores, precisándose asimismo los sistemas de controles, formas de designación y cese de sus miembros un catálogo de funciones<sup>778</sup>.

Quedan por ahora fuera de este marco común los organismos vinculados al ámbito financiero, como hemos indicado, que deberán adecuarse a las reglas resultantes del proceso de discusión sobre su régimen que actualmente se desarrolla en el ámbito internacional y europeo.

### 3.2.1. Comisión del Mercado de Telecomunicaciones – CMT

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es uno de los organismos reguladores de carácter especializado conocedores del sector y de las diversas problemáticas que lo aquejan<sup>779</sup>. Creado en la década de 1990, como producto de la liberalización de los servicios públicos en toda Europa, iniciado en año 1987<sup>780</sup>, donde se consideró como un elemento indispensable para garantizar competencia, contar con un organismo independiente encargado exclusivamente del ejercicio de las funciones<sup>781</sup> de regulación y ajeno a labor de prestación y explotación de los

---

<sup>776</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 2011). Exposición de motivos.

<sup>777</sup> Capítulo II. Organismos Reguladores.

*Artículo 8. 3. Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo están sometidos al control parlamentario y judicial.*

<sup>778</sup> TORNOS MÁS, JOAQUIN. “El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales...Op. cit. 116. Quien precisa que todas las comisiones tienen un marco en común en cuanto a sus funciones, que son básicamente las de ordenar el acceso al mercado, permitir el acceso a las redes, garantizar la calidad de los servicios y un catálogo más o menos amplio de potestades como lo son la potestad normativa, la potestad de dictar actos resolutorios, la función arbitral y de resolución de conflictos, la función inspectora y potestad sancionadora.

<sup>779</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión...*Pp. 53.

<sup>780</sup> Los criterios que fueron señalados en el Libro Verde de las Telecomunicaciones, donde se consideraba como un elemento fundamental contar con ente encargado de establecer la regulación aplicable al sector y que si el Estado quisiera prestar los servicios como operador, se desligara de esta función.

<sup>781</sup> OCDE. *Promoting competition in telecommunications markets: competitive safeguards and interconnection policy*. Mimeo. 1995. En este documento determina cuales serían las características y atribuciones con las que debería contar el regulador independiente para las telecomunicaciones, señalando:

servicios de telecomunicaciones. De ahí que la creación de estas nuevas entidades, se encuentren ajenas a los criterios de la Administración y se le considerara independiente para el desarrollo eficiente de sus funciones<sup>782</sup>. Siguiendo la tendencia que otros países tenían en la creación de este tipo de entidades, particularmente el Reino Unido que ya en el año 1984 había creado a *The Office of Telecommunications* OFTEL (actual OFCOM,) y de los criterios dados en la Directiva 92/44/CEE<sup>783</sup>, donde se concentraron en uno sólo órgano regulador las competencias en materia de telecomunicaciones, sin perjuicio de la existencia de otros organismos de carácter administrativo encargados de ejercer ciertas competencias sobre el sector de las telecomunicaciones<sup>784</sup> (de allí que sea necesario estrechar lazos de cooperación con todas y cada una de las autoridades que inciden directa o indirectamente en el mismo).

Es por esta razón que se crea, por medio Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones convalidado mediante la Ley 12/1997<sup>785</sup>, de 24 de abril, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>786</sup>, Organismo Público Regulador e

- 
1. *Independencia*: en el sentido de afirmar que no estaría sometida a ningún tipo de control por parte de alguna autoridad.
  2. *Poder suficiente*: lo que le permitirá la adopción de medidas tendente a garantizar la competencia
  3. *Transparencia*: todas las decisiones que sean adoptadas por el organismo regulador deben ser publicadas, con el fin de que todos los agentes participantes, ya sean los operadores establecidos, los entrantes y la opinión pública en general, puedan participar activamente en el proceso regulatorio.

<sup>782</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. “*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”. En VVAA: *Aspectos Jurídicos de las telecomunicaciones*. Director. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo. Cuadernos de Derecho Judicial VI-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2003.

<sup>783</sup> Directiva 92/44/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas

<sup>784</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión...* Pp. 51. Como precisan estos autores, el sector de las telecomunicaciones, tal como estaba concebido antes de la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia Ley 3/2013, “las telecomunicaciones contaban antes con el Gobierno o de los Ministerios (Secretarías), que incidían directamente con el diseño de la políticas generales del sector y en concreto el Gobierno con el ejercicio de su potestad reglamentaria. La relaciones con la Autoridad de competencia en materia de concentraciones y con los organismos autónomos. De allí que fue la misma ley de creación y sus modificaciones posteriores, la que estableciera el marco competencial de cada una de las administraciones con injerencia en sector de las telecomunicaciones, destacando principalmente las funciones de los organismo reguladores y sus poderes que le permiten dar cumplimiento a las funciones encomendadas como lo es su poder normativo, ejecutivo y cuasijudicial, y las funciones de supervisión y vigilancia, sumadas a las de sanción”.

<sup>785</sup> Asimismo, cabe traer a colación el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. (BOE núm. 232 de 25 de septiembre de 1996), donde se establece por primera vez la organización de la nueva Comisión.

<sup>786</sup> Artículo 1. Creación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Uno. Se crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como entidad de derecho público de las comprendidas en el apartado 5 del artículo 6 de la Ley General Presupuestaria.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, y estará adscrita al Ministerio de Fomento. Se regirá por lo dispuesto en este Real Decreto-Ley y disposiciones que lo desarrollen; así como por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el ejercicio de las funciones públicas que este Real Decreto-Ley le atribuye. El personal que preste servicio en la Comisión quedará vinculado a la misma por una relación de carácter laboral.

independiente de los mercados nacionales de comunicaciones electrónicas y de servicios audiovisuales<sup>787</sup>, donde se indicó que la CMT era “*como una entidad de derecho público encargada de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en este mercado, velar por la correcta formación de los precios y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector*”<sup>788</sup>. Su convalidación en el 1997, por la Ley 12/1997, trajo consigo la ampliación de atribuciones inicialmente reconocidas a esta Comisión<sup>789</sup>, estableciéndose una nueva composición del Consejo que ejercita dichas funciones<sup>790</sup>, así como la ampliación en el número de miembros pasando de cinco a siete consejeros y de un conjunto de nuevas garantías tendentes a asegurar su independencia y autonomía respecto del Gobierno y de los operadores del mercado y del reconocimiento de un patrimonio propio e independiente del Estado<sup>791</sup>, aspectos que han sido reiterados en las posteriores reformas y la insistencia de la Comisión Europea no solo que el organismo sectorial en materia de telecomunicaciones sea independiente. De ahí que los motivos de cese y la duración del mandato se repliquen en las Leyes (Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones y Ley 2/2011 LES), pese a la entrega de

---

Dos. 1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.

<sup>787</sup> SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. “*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”. En VVAA: Derecho Europeo del Audiovisual. Actas del Congreso Organizado por la Asociación Europea de Derecho Audiovisual. Sevilla, octubre de 1996. Ed. Santiago Muñoz Machado. Tomo II. Madrid: Escuela Libre Editorial. 1997.

<sup>788</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “*Autoridades de reglamentación...* Op. cit. Pp. 200 y ss. El Real Decreto, se expide con el fin de alcanzar tres objetivos en particular, entre ellos la creación de un organismo de carácter independiente, dichos objetivos eran:

1. Ajustar la legislación española a la normativa comunitaria europea, especialmente en lo que correspondía a los servicios finales, que previa unos plazos máximos para su liberalización.
2. La creación de un órgano independiente, cuya función principal era la de velar por la aplicación de los principios de la libre competencia, transparencia e igualdad de tratado de los operadores, en el mercado de las telecomunicaciones de España.
3. La creación de un segundo operador alternativo a Telefónica en el mercado español.

<sup>789</sup> Sobre el particular es oportuno hacer referencia a lo expuesto por LASHERAS, MIGUEL ÁNGEL. *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel Economía. Barcelona. 1999, quien cita a MATIAS, GUSTAVO. “*El Laberinto de la Telefonía Móvil*”, Expansión. Diario de actualidad económica. 16 de mayo de 1996, señalando: “Quizás, el principal papel de la CMT, como el de otras comisiones de regulación independientes, en procesos de desregulación y de introducción de competencia, sea cumplir la función de anticiparse a los posibles conflictos y ‘buscar el consenso de los intereses y las ideas que afectan a la competencia y el desarrollo de las telecomunicaciones’”.

<sup>790</sup> Su régimen jurídico y demás facultades, en esta primera etapa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones además las de las consideraciones previstas por la Ley General de Telecomunicaciones, fueron desarrollados por el Real Decreto 1994/1996, por medio del cual se aprobó el Reglamento de la Comisión y de las disposiciones sobre el particular previstas por la Ley 30/1992 y la disposiciones aplicables de la Ley de Arbitraje en cuanto al ejercicio de esta competencia por parte de la Comisión. Aquí de nuevo hay que indicar que no se trata en sentido genuino de arbitraje, ya que el “laudo” no tiene autoridad de cosa juzgada, siendo revisable plenamente por la Jurisdicción. Y a su vez, hay que distinguir este “arbitraje” de otros mecanismos de resolución de disputas, o medios alternativos a la solución de conflictos, tales como los establecidos en el art. 107.2 Ley 30/1992, o la terminación convencional del art. 88 del mismo texto. Por otro lado, el “arbitraje” al que se remite esta Ley, como aparte de los indicados, nunca llegó a tener lugar.

<sup>791</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “*Autoridades de reglamentación...* Op. cit. Pp. 202.

nuevas facultades y potestades<sup>792</sup>, lo cual se entendió conforme a la evolución de los tiempos y las mismas necesidades de un sector tan cambiante como es el de las comunicaciones, aspecto que confirma su independencia y la continuidad de la labor encomendada.

Se destaca de esta el artículo 1º, por medio del cual se le otorga a la CMT un reconocimiento pleno y se precisa la regulación y coordinación que esta entidad debería tener con los demás órganos de la Administración del Estado. En síntesis, la Comisión se convirtió desde su creación en el único organismo regulador en materia de telecomunicaciones, ajeno a las injerencias tanto del Gobierno y de los operadores, dotado de tres características fundamentales: a) Independencia y autonomía; b) Capacidad de autorregulación y la Capacidad normativa social<sup>793</sup>.

Las competencias atribuidas eran las de Arbitraje, de fijación de las tarifas para la prestación de los servicios, de fijar los mecanismos y remedios para garantizar la competencia efectiva en el mercado y de denuncia ante los organismos de inspección<sup>794795</sup>. Además se introdujeron

---

<sup>792</sup> REAL DECRETO-LEY 6/1996, atribuyo un cuadro de funciones, que posteriormente han sido ampliadas conforme a la evolución de los mercados y de las modificaciones previstas en las Directivas Comunitarias y de su transposición en el Derecho Interno. En el año 2012 a través del REAL DECRETO-LEY 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2012), se amplían el marco de atribuciones de la CMT en materia de redes de nueva generación y de los criterios establecidos por parte de las Directivas Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Derechos de los Ciudadanos), y la Directiva 2009/140/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Mejor Regulación). y la distribución de sus competencias en el nuevo organismos regulador el cual analizaremos posteriormente y será el objeto de esta tesis, sin dejar de lado la actual reforma de la Ley de General de Comunicaciones, en la que efectúa una nueva distribución competencial entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y las demás Autoridades intervinientes en el sector de las comunicaciones. (La reciente Ley 9/2014, 9 de mayo, Ley de Telecomunicaciones. B.O.ENº 114 de 10 demayo) Vid más adelante, con la polémica atribución al Gobierno de nada menos que 22 funciones que antes desempeñaba la anterior CMT).

Las competencias atribuidas a la CMT en su acto de a creación fueron:

1. Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones.
2. Informar las propuestas de tarifas de los servicios de telecomunicaciones prestados en régimen exclusividad y aquellos casos en los que exista una posición de dominio en el mercado.
3. Asesorar tanto al gobierno y al ministro de fomento.
4. Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercador.
5. Denunciar ante los servicios de inspección de las telecomunicaciones del ministerio de fomento las conductas que sean contrarias a la legislación.
6. Y las demás competencias que a bien le sean atribuidas a la comisión.

<sup>793</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. *“Autoridades de reglamentación...Op. cit.Pp. 207.*

<sup>794</sup> VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*. En VVAA: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones-Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra-Salcedo (coordinadores). Civitas Ediciones, S.L. Madrid. 2004.

<sup>795</sup> Tal como lo precisa, TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades nacionales de reglamentación (ANR): El caso...* Op. cit. 106, quien precisa el marco legal de la CMT para el año 1996, precisando: *“Su*

nuevas potestades tales como ,la de resolución de los conflictos que se originaran entre los operadores (distinta del Arbitraje por no ser voluntaria esa obligación de resolver un conflicto), la determinación y fijación de los precios de interconexión y el control sobre los procesos sectoriales de concentración empresarial.

En el año de 2003, como producto de la promulgación de las Directivas de las Unión Europea<sup>796</sup>, se publica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en cuyo artículo 48<sup>797</sup> se establece el régimen jurídico, patrimonial y presupuestario de la

---

*configuración a raíz de la normativa que le resulte aplicable, terminan por convertir a la CMT en un organismo público que, al amparo la regulación de la Disp. Adic. 10ª.1. LOFAGE, carece de superior jerárquico y por lo tanto no se encuentra sometido a relación alguna de supremacía, incluida la tutela, lo que produce que del mismo, al igual que sucede con otros entes, se patrocine su posición de independencia. Sin embargo, la independencia de la Comisión se justifica con argumentos específicos además de aquellos genéricos propios de toda Administración independientes. La progresiva liberalización de las telecomunicaciones acarrea la desaparición de empresas estatales o que estén intervenidas, incluidas aquellas que tengan otorgados privilegios, ocasionando que se tenga que recurrir a otras razones en las que asentar la justificación de la independencia de las autoridades reguladoras, una vez superada la idea de separación entre reguladores y operadores”.*

<sup>796</sup> DIRECTIVA 2002/21/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). Como se indica en el Considerando 11 y art. 3

*(11) De conformidad con el principio de separación de las funciones de regulación y de explotación, los Estados miembros deben garantizar la independencia de la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones. Este requisito de independencia se entiende sin perjuicio de la autonomía institucional y de las obligaciones constitucionales de los Estados miembros, ni del principio de neutralidad con respecto a las normas de los Estados miembros por las que se rige el régimen de la propiedad establecido en el artículo 295 del Tratado. Las autoridades nacionales de reglamentación deben disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia y medios Financieros para el cumplimiento de sus misiones.*

## Capítulo ii

### Autoridades nacionales de reglamentación

#### Artículo 3

##### Autoridades nacionales de reglamentación

*1. Los Estados Miembros velarán por que cada una de las misiones asignadas a las autoridades nacionales de reglamentación en la presente Directiva y en las directivas específicas sea desempeñada por un organismo competente.*

*2. Los Estados miembros garantizarán la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación, velando por que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes.*

*De todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas. Los estados miembros que mantengan la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de Regulación y las actividades relacionadas con la propiedad o el control.*

*3. Los Estados miembros velarán por que las Autoridades Nacionales de Reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad y transparencia.*

<sup>797</sup> LEY 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Artículo 48. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

*1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un organismo público de los previstos por el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada.*

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como su objeto y funciones reforzando el conjunto de atribuciones asignadas, particularmente las funciones de supervisión y regulación de los mercados<sup>798</sup>, y la composición de su Consejo.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un Organismo Público<sup>799</sup> dotado de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, ajena a cualquier tipo de sujeción o relación de tutela de un órgano administrativo superior, lo que implica que sus decisiones ponen fin a la vía administrativa, siendo revisables únicamente vía jurisdiccional ante la jurisdicción contenciosa-administrativa<sup>800</sup> (autonomía orgánica), de carácter independiente, considerado como el elemento más importante con el que cuenta este organismo, tal como se indica el (artículo 48.1 de la Ley 32/2003<sup>801</sup>). Asimismo dispone de patrimonio propio,

---

*Está adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que ejercerá las funciones de coordinación entre la Comisión y el Ministerio. Se regirá por lo dispuesto en esta ley y disposiciones que la desarrollen, así como por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el ejercicio de las funciones públicas que esta ley le atribuye y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto por el apartado 1 de su disposición adicional décima. El personal que preste servicio en la Comisión quedará vinculado a ella por una relación de carácter laboral.*

*2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.*

<sup>798</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “Autoridades de reglamentación... Op. cit. Pp. 210.

<sup>799</sup> Le es aplicable las disposiciones contenidas en la Ley 30/1992, de 28 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para el ejercicio de las funciones públicas que le han sido asignadas. Adicionalmente, de manera supletoria, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, como se indica en la Disposición adicional décima, donde se precisa como serán las relaciones entre el Gobierno y la Administración General del Estado y este tipo de entidades, precisando:

*<<El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos le asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía>>.*

<sup>800</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “Autoridades de reglamentación... Op. cit. Pp. 218.

<sup>801</sup> Modificado por la Disposición final trigésima cuarta Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

*«1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un organismo regulador de los previstos por el artículo 8 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. La relación de esta Comisión con el Gobierno y la Administración General del Estado así como su independencia funcional será la prevista en el artículo 9 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Se regirá por lo dispuesto en esta Ley y disposiciones que la desarrollen, así como por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el ejercicio de las funciones públicas que esta Ley le atribuye y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración*

independiente del Estado (artículo 48.13 y 14 de la Ley 32/2003<sup>802</sup>) lo que se le denomina *autonomía financiera*, dada por: a) patrimonio propio e independiente del patrimonio del Estado b) ingresos propios, provenientes en su mayoría del cobro de la llamada Tasa General de Operadores y iii) el presupuesto estimativo específico, anteproyecto que es remitido al Gobierno a través del Ministerio de Hacienda, para ser aprobado por parte de las Cortes Generales para ser integrado en el Presupuestos Generales del Estado.

En cuanto a su *autonomía funcional*, se precisa que su composición es de carácter colegiado, contando con un órgano rector denominado Consejo, conformado por el Presidente y seis consejeros, para períodos de 6 años, estableciéndose reglas para su designación, cese, régimen de incompatibilidades y remoción del cargo. Todos estos criterios previstos en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, artículo 13 a 16, constituyéndose como mínimos que garantizan la independencia del regulador y si bien nombramiento se realiza por parte del Ejecutivo y por el Parlamento, no tienen injerencia directa con las funciones que la Comisión realice, criterios que han sido reiterados en las Directivas<sup>803</sup> como mecanismos para garantizar la independencia y transparencia en las decisiones de los entes reguladores<sup>804</sup>.

---

*General del Estado, de acuerdo con lo previsto por el apartado 1 de su disposición adicional décima y por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

<sup>802</sup> Modificado por la Disposición final trigésima cuarta Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

*<<9. Los recursos de la Comisión estarán integrados por:*

*a) Los bienes y valores que constituyan su patrimonio y los productos y rentas del mismo.*

*b) Los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas devengadas por la realización de actividades de prestación de servicios y los derivados del ejercicio de las competencias y funciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo. No obstante, la recaudación procedente de la actividad sancionadora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ingresará en el Tesoro Público.*

*En particular, constituirán ingresos de la Comisión las tasas que se regulan en el apartado 1 del anexo I de esta Ley en los términos fijados en aquél.*

*La gestión y recaudación en período voluntario de las tasas de los apartados 1 y 2 del anexo I de esta Ley, así como de las tasas de telecomunicaciones establecidas en el apartado 4 del citado anexo I que se recauden por la prestación de servicios que tenga encomendada la Comisión, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, corresponderá a la Comisión en los términos que se fijan en el apartado 5 de dicho anexo, sin perjuicio de los convenios que pudiera ésta establecer con otras entidades y de la facultad ejecutiva que corresponda a otros órganos del Estado en materia de ingresos públicos, o de su obligación de ingreso en el Tesoro Público, en su caso, en los supuestos previstos en el anexo I de esta Ley.*

*c) Las transferencias que, en su caso, efectúe el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.*

*10. La Comisión elaborará y aprobará con carácter anual un presupuesto con la estructura que señale el Ministerio de Economía y Hacienda, y lo remitirá a éste para su elevación al acuerdo del Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado. El presupuesto tendrá carácter estimativo y sus variaciones serán autorizadas de acuerdo con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria>>.*

<sup>803</sup> DIRECTIVA 2009/140/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Art. 3º

3). El artículo 3 se modifica como sigue:

*b) se inserta los siguientes apartados:*

El otro aspecto, que se destaca es su capacidad de autorregulación o *regulación ad intra*<sup>805</sup>, lo que faculta a la Comisión para establecer por sí mismo las propias normas para su funcionamiento interno. Es a través del Reglamento Interno<sup>806</sup> (antiguo art. 48.10, modificado por el art. 12.9 de la LES<sup>807</sup>) aprobado por el Consejo donde se estipula la actuación de los órganos que forman parte de la Comisión, el procedimiento a seguir para la adopción de los acuerdos y la organización del personal<sup>808</sup>.

En el año 2011, como producto de la Ley de Economía sostenible, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sufre una nueva modificación en cuanto a sus atribuciones, tendente a que el organismo regulador pueda cumplir con las finalidades previstas en la mencionada

---

*“...Los Estados miembros velarán por que el responsable de la autoridad nacional de reglamentación o, cuando proceda, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función en el seno de la autoridad nacional de reglamentación a la que se refiere el párrafo primero o sus sustitutos solo puedan ser cesados en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, que hayan sido establecidas de antemano en el Derecho nacional. La decisión de cesar al responsable de la autoridad nacional de reglamentación de que se trate o, si procede, a los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función se hará pública en el momento del cese. El responsable de la autoridad nacional de reglamentación que haya sido cesado o, si procede, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función recibirán una exposición de los motivos de la decisión y tendrá derecho a solicitar que sea publicada, cuando no lo haya sido, en cuyo caso deberá atenderse su solicitud.”*

<sup>804</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “Autoridades de reglamentación...Op. cit. Pp. 216. Inicialmente la Comisión del Mercado se regía por la Ley 32/2003 y por sus normas de desarrollo, por el Real Decreto 994/1996, mediante el cual se aprueba el reglamento de funcionamiento de la entidad y por el texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT aprobado mediante Resolución del 20 de diciembre de 2007, Reglamento, que fue modificado por Resolución por la que se modifica el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se aprueba un nuevo texto consolidado del mismo y se ordena su publicación (AJ 2012/593), de adecuando su contenido a las disposiciones previstas en la Ley 2/2011 (LES), en lo que respecta a los organismos reguladores y su funcionamiento interno.

<sup>805</sup> *Ibíd.* Pp. 219.

<sup>806</sup> VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. “La Comisión del Mercado... Op. cit. 799. Dicho reglamento solo será aprobado una vez se obtenga con el voto favorable de dos tercios de los miembros de la CMT.

<sup>807</sup> Art. 12. 9. “El Consejo aprobará el Reglamento de funcionamiento interno de su Organismo, en el que se regulará la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo su régimen de convocatorias y sesiones, y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción. La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos, cinco miembros del Consejo.”

<sup>808</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión...* Op.cit. Pp. 312 y ss. Quienes consideran que las disposiciones normativas referidas a la Comisión aluden a su independencia, responde a replicar las fórmulas legales previstas para otro tipo de organismos, de allí que se abogara por el establecimiento de un régimen uniforme de los organismos reguladores, planteamiento que fue recogido en la ley de Economía Sostenible y que analizaremos en el próximo capítulo. A juicio de estos dos autores, el único elemento que garantiza la independencia es el estatuto personal de los consejeros respecto del Gobierno, sobre el particular precisan “El estatuto personal de los consejeros resulta ser, sin lugar a dudas, el elemento que más claramente pone de manifiesto una independencia real y efectiva de la Comisión con respecto al Gobierno; sólo a través suyo cobran pleno sentido los instrumentos de autonomía antes descritos. En efecto, como vimos en su momento, una vez nombrados los consejeros, el Gobierno, jurídicamente, carece de la libertad de remoción característica de los altos cargos, por lo que se le despoja del instrumento más efectivo de control sobre una Comisión eventualmente discrepante”.



Ley<sup>809</sup>. Para tales afectos, el artículo 48 de la Ley 32 de 2003, establece el régimen jurídico de la Comisión:

**Artículo 48. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.**

*1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un organismo regulador de los previstos por el artículo 8 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. La relación de esta Comisión con el Gobierno y la Administración General del Estado así como su independencia funcional será la prevista en el artículo 9 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Se regirá por lo dispuesto en esta Ley y disposiciones que la desarrollen, así como por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el ejercicio de las funciones públicas que esta Ley le atribuye y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto por el apartado 1 de su disposición adicional décima y por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

*2. La organización del personal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sus funciones, procesos de selección y nombramiento y garantías para su actuación se regularán conforme a lo previsto en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

*3. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.*

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto y como principales funciones el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los agentes participantes en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados, conforme a lo previsto por su normativa, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos (artículo 48.2 de la Ley 32/2003) y en las modificaciones incorporadas en la Ley 2/2011, quien redefine las funciones a cargo de este órgano. Pero a pesar de las reformas gestadas en el año 2011, el regulador sectorial de las telecomunicaciones en virtud de los cambios previstos en sede comunitaria, empezó aplicar las reglas provenientes del derecho de la competencia dejando de la lado las reglas propias de la regulación económica principalmente las regulaciones asimétricas, para dar paso a constituirse en un regulador *ex*

---

<sup>809</sup> Artículo 8.

*3. Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo están sometidos al control parlamentario y judicial.*

*ante* cuya forma de intervención es dinámica y flexible<sup>810</sup>, de carácter específico y circunscrito a un sector concreto a diferencia del regulador *ex post*, que se caracteriza por ser general y transversal como es lo es la Autoridad de Competencia. Esta nueva forma de concebir al regulador sectorial, hacen que se cuestionaran todas y cada una de las atribuciones, particularmente la supervisión y regulación de los mercados. Además de generar conflictos de atribuciones (de competencias propiamente dichas) entre las dos Autoridades, CMT y CNC (TDC anteriormente).

De conformidad con el artículo 48 de la Ley 32/2003, y de lo previsto en la Disposición final trigésima cuarta. Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, numeral 4, esta Comisión ejerce las siguientes funciones:

*a) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden.*

*El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.*

*b) Asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. La Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados. Asimismo, autorizará la transmisión de dichos recursos, estableciendo, mediante resolución, las condiciones de aquélla.*

*c) Ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomiende el título III de esta Ley.*

*d) La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el título II de esta Ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras.*

*Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta Ley.*

*e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.*

*A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:*

---

<sup>810</sup> VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones... Op. Cit., Pp. 806 y ss.

1. <sup>a</sup> Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”.

2. <sup>a</sup> Pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de ser contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará a la Comisión Nacional de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá dictamen determinante. Cuando la Comisión Nacional de la Competencia, en su caso, resuelva, sólo podrá disentir del contenido del dictamen determinante de forma expresamente motivada.

3. <sup>a</sup> Ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de esta Ley le suministren los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

f) Emitir informe determinante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia, según lo previsto en el artículo 17.2 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta Ley.

h) Asesorar al Gobierno y al Ministro de Industria, Turismo y Comercio, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá asesorar a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

En particular, informará preceptivamente en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas, en materia de comunicaciones electrónicas, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación; planificación y atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico, así como pliegos de cláusulas administrativas generales que, en su caso, hayan de regir los procedimientos de licitación para el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.

i) Ejercer las funciones inspectoras en aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora de acuerdo con el artículo 50.1 y solicitar la intervención de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para la inspección técnica de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en aquellos supuestos en que la Comisión lo estime necesario para el desempeño de sus funciones.

j) El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta Ley.

En los procedimientos que se inicien como resultado de denuncia por parte del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de

*resolución, someterá el expediente a informe de dicho ministerio. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.*

*k) Denunciar, ante los servicios de inspección de telecomunicaciones de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, las conductas contrarias a la legislación general de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora.*

*En los procedimientos que se inicien como resultado de las denuncias a que se refiere el párrafo anterior, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.*

*l) La llevanza de un registro de operadores, en el que se inscribirán todas aquellas cuya actividad requiera la notificación a la que se refiere el artículo 6 de esta Ley. El registro contendrá los datos necesarios para que la Comisión pueda ejercer las funciones que tenga atribuidas.*

*m) Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio Industria, Turismo y Comercio.*

Respecto a las funciones que este ente desempeña, pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

Normativa, de supervisión y vigilancia, de inspección y sanción, de arbitraje, de asesoramiento e informes, pero para efectos del estudio que estamos realizando haremos alusión a las funciones normativa, de inspección y sanción y seguimiento y vigilancia, que se enmarcan de la función de regulación:

### **3.2.1.1. Función Normativa**

Atendiendo a las particularidades del sector de las telecomunicaciones y a las atribuciones dadas a la Comisión de establecer el orden del mismo y de esta manera desarrollar las actividades de supervisión y control<sup>811</sup>, de acuerdo con los mandatos comunitarios, se otorgó a la CMC una cierta función normativa.<sup>812</sup> Esta entidad cuenta con la capacidad de poder dictar normas de carácter general (disposiciones) dirigidas a los agentes participantes en el sector<sup>813</sup>, que deben ser notificadas, o dependiendo de la materia a regular, las cuales deben ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado (de nuevo nos encontramos ante un “Ordenamiento Sectorial” con relaciones de supremacía especial, que denota un tipo de norma subordinada al

---

<sup>811</sup> MARTINEZ VILA, J.E. “Reflexiones sobre la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. En VVAA: *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina y jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6. 1998. Pp. 2195-2198.

<sup>812</sup> En particular lo señalo en la Directiva 2002/21/CE, donde se precisa que esta tipo de entidades tienen a cargo una serie de misiones reguladoras, entre las que se destacan la función de regular y reglamentar al sector de las telecomunicaciones.

<sup>813</sup> FERNANDEZ FERRARES, GERMÁN. Op. Cit. 63.

interés general que específicamente domine la regulación del sector. . Esta atribución fue dada desde su creación y redefinida por medio de la Ley 32/2003<sup>814</sup> y ratificada tras la modificación incorporada por la Ley 2/2011 Disposición final trigésima cuarta Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en la que se precisa su alcance y la denominación jurídica de sus manifestaciones denominadas “instrucciones” o “circulares”<sup>815</sup>, las cuales deben orientarse a preservar objetivos concretos<sup>816</sup>.

Esta facultad de poder dictar normas, ha sido considerada como una de las atribuciones más polémicas de este organismo, en cuanto a la lectura que se haga del artículo 97 de la Constitución, como sucedió respecto a la Comisión Nacional de Valores o el Banco de España<sup>817</sup>, atendiendo a que mediante esta potestad, este tipo de Comisiones pueden ordenar los mercados, en este caso el mercado de las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales, lo cual no solo puede circunscribirse de manera exclusiva del sector, denominándose como una potestad normativa *ad extra*, si bien más parece un “efecto reflejo” de las normas o reglas que pueda dictar la CMT que una potestad reglamentaria general alternativa a la gubernamental.

La jurisprudencia<sup>818</sup> ha venido a zanjar este inconveniente, en el sentido de indicar que dicha potestad es constitucional entendida como una verdadera y auténtica potestad reglamentaria, en

---

<sup>814</sup> La facultad se encuentra consagrada en el artículo 48.4º.e.1º

*e). Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.*

*A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:*

*Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado.*

<sup>815</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación.... Op cit. 153 y ss.*

<sup>816</sup> Artículo 48 de la Ley 32/2003, y de lo previsto en la Disposición final trigésima cuarta. Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, numeral 4.1. *“Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”.*

<sup>817</sup> Como lo precisa SALA ARQUER. *La Comisión del Mercados de las Telecomunicaciones*. Civitas. Madrid. 2001.

<sup>818</sup> Se destaca el pronunciamiento proferido por la Sala 8.ª de la Audiencia Nacional del 17 de septiembre de 2002, donde se alude a la potestad normativa de la Comisión, precisando que “*en el Derecho Español no cabe desconocer, de una parte la tendencia de una Potestad Normativa propia de la Comisión*”, particularmente se destaca en este pronunciamiento que esta atribución o facultad se circunscribe a los límites previstos en la ley y a los objetivos a alcanzar en este caso particular la defensa de la competencia en materia de telecomunicaciones. En igual sentido VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. “*Telecomunicaciones: los particulares ante las modificaciones derivadas del proceso de liberalización de las telecomunicaciones. Contenido del servicio universal. Potestad normativa de la CMT. Interconexión de referencia. Potestad de investigación de la CMT. Protección del dominio público radioeléctrico*”. Núm.12, 2006. Disponible en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=405485](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=405485) [en línea]. (Consultado 02/09/2012), quien analiza en el punto tercero de su artículo denominado III. LA POTESTAD NORMATIVA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES: ANULACIÓN DE LA CIRCULAR

el sentido de que no existe una reserva absoluta respecto de esta potestad como sucede con la “reserva de ley” y que dicha potestad reglamentaria puede ser desconcentrada en otros organismos como lo son el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores entre otros; la expedición de normas de carácter general debe ser entendida como una manifestación de una potestad reglamentaria, como se ha indicado en los pronunciamientos expedidos con relación a las Circulares proferidas por parte del Banco de España que cuentan con las mismas características que las expedidas por parte de la CMT; sobre el particular se destacan las Sentencias SSTC 135/1992, de 5 de octubre de 1992, 178/1992, 16 de noviembre, 97/1993, de 11 de marzo<sup>819</sup>, precisándose que esta debe desarrollarse dentro los límites previstos por la ley de su creación la cual define el sector a que se sirven regular, los destinatarios de sus disposiciones y del mismo ordenamiento jurídico en especial a los límites generales de la potestad normativa<sup>820</sup> atendiendo a los principios de jerarquía, competencia,

---

1/1998 EN MATERIA DE CAMPAÑAS PUBLICITARIAS Y CONFIRMACIÓN DE LA CIRCULAR 1/2001 RELATIVA A LA IMPLANTACIÓN DE PRESELECCIÓN DE OPERADOR POR LO SOPERADORES DE ACCESO OBLIGADOS A PROVEERLA EN EL MERCADO DE LAS REDES PÚBLICAS (STS DE 1 DE FEBRERO DE 2006). En lo que corresponde el Tribunal Supremo se sirve precisar lo siguiente respecto a la Potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones precisando como señala este autor: *“El Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse sobre la potestad reglamentaria de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, delimitando el alcance de la misma en tanto se trata de una capacidad normativa atípica dentro de la que se reconoce a las Administraciones Públicas, por la posición independiente del sujeto que la ejerce y por la restricción de su ámbito de eficacia -reducido a los operadores del sector de las telecomunicaciones-que lo justifica-“...*

*La sentencia de 1 de febrero de 2006 invoca la doctrina sentada en la mencionada sentencia y así afirma que existe una potestad normativa “ad extra” atribuida por la Ley en favor de la CMT distinta de la facultad reguladora “ad intra” a la que se refiere el artículo 21 de la Ley 30/1992, respecto de sus órganos jerárquicamente dependientes, y que además tiene su efectivo control de cumplimiento por la propia Comisión en el apartado I) de dicho artículo que le atribuye “el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones”, y un control ulterior externo mediante el oportuno recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa como indica el apartado Ocho del artículo 1.º al señalar que “las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en la Ley reguladora de dicha jurisdicción”.*

<sup>819</sup> STS de 20 de diciembre 2004 (RJ 2005, 538; asunto: impugnación CMT que regulaba la publicidad del operador dominante) y STS de 8 de marzo 2006 (RJ 2006, 1670; asunto: impugnación de la Circular CMT relativa a la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas).

<sup>820</sup> LEY 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (BOE Núm. 285 de 27/11/1992).

#### DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

##### Artículo 51 Jerarquía y competencia

1. Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
2. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.
3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes.

##### Artículo 52 Publicidad e inderogabilidad singular

1. Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda.
2. Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas.

publicidad e inderogabilidad. El Tribunal Supremo ha establecido una serie de límites a los que se le ha denominado como *límites específicos de la potestad normativa de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones*<sup>821</sup>; límites subjetivos, objetivos y formales<sup>822</sup>.

a) Límites subjetivos:

Las Circulares que sean expedidas por parte de la CMT, tiene como destinatarios a las personas sean éstas físicas o jurídicas que operan en el sector o mercado de las telecomunicaciones “operadores”<sup>823</sup>, como se precisa en el artículo 48 de la Ley.

b) Límites objetivos:

Dichas Circulares, deberán especificar las razones de expedición, el porqué del ejercicio de la potestad normativa y el objeto a regular. De allí como precisan SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE<sup>824</sup>

*A tenor de lo establecido en el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, deberá justificarse siempre el ejercicio de la potestad normativa por parte de la CMT, basándola en uno (p.ej., en la salvaguarda de la pluralidad de oferta del servicio) o en varios de los motivos enumerados en dicho precepto (p.ej., garantizar el acceso e interconexión de operadores y la explotación de la red en condiciones de red abierta), indicando, sin embargo, las razones particulares de la aplicación de dicho motivo o motivos al caso concreto objeto de regulación.*

c) Límites formales:

La observancia por parte de los órganos de la CMT de las normas que regulan la elaboración de Circulares, en particular en lo dispuesto en el Real Decreto 1994/1996 y el Reglamento de Régimen Interior de la CMT.

Dichos instrumentos normativos vienen a definir en su mayoría de veces los comportamientos de los agentes participantes en el mercado y las reglas imperantes en el mismo con el fin de garantizar las condiciones de competencia, fin esencial de esta Comisión. Además se debe tener en cuenta que dicha potestad no es absoluta o de carácter perpetuo, como sucede con el

---

<sup>821</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “Autoridades de reglamentación...Op. cit. Pp. 220.

<sup>822</sup> Sobre el particular se destacan los pronunciamientos proferidos por parte del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004 y en la Sentencia de 1 de febrero de 2006.

<sup>823</sup> El apartado 21 del Anexo segundo de la Ley 32/2003, viene a definir qué se debe entender como operadores, señalando que serán todas aquellas personas físicas o jurídicas dedicadas a la explotación de redes o a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>824</sup> SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “Autoridades de reglamentación...Op. cit. Pp. 221

Ejecutivo, sino que como bien ha señalado la jurisprudencia, esta potestad puede ser revocada por el legislador cuando lo estime pertinente, a través de una norma de igual o superior jerarquía y atribuirle esta competencia a otro órgano u en su defecto que el órgano delegante de la misma en cualquier momento pueda recuperar esta atribución.

Tal como lo señala TERRON SANTOS<sup>825</sup>, que esta potestad está relacionada con la naturaleza y el régimen jurídico que le ha sido atribuido, sin olvidar que desde su configuración desde el entorno comunitario es la de contar con un ente encargado de defender y fomentar la competencia en los mercados. De ahí que se le otorgara esta potestad, dentro de los indicados límites, de expedir las circulares, las cuales tienen injerencia ya sea dentro de la misma institución *ad intra* o fuera de la misma *ad extra*, permitiendo no solo la gestión misma de la propia entidad, sino la gestión adecuada del mercado<sup>826</sup>, siendo denominados por algunos como “Reglamentos Reguladores o Regulatorios”<sup>827</sup>, los cuales deben ser expedidos de acuerdo con las formalidades previstas y contar los estudios pertinente que justifiquen la pertinencia y beneficios en cuanto a su expedición e incidencia en los mercados a regular<sup>828</sup>. Pero no es suficiente con afirmar ese “efecto reflejo” sobre el mercado, que es en definitiva lo que representa ese desbordamiento de la función regulatoria, quizás mal denominada también como reglamentaria. Porque no cabe duda de que la vinculación al fin es clave en dicha atribución de esta función.

Ahora bien, la Comisión ejerce esta potestad mediante instrucciones, específicamente mediante circulares, que tienen una serie de particularidades, tales:

1. Su concreción de carácter técnica, ya que son elaboradas por un órgano especializado en este tipo mercado. Lo implica que exista seguridad respecto a los operadores y los agentes participantes en el sector.
2. Elaborados técnicamente, su finalidad es dar certeza y garantías en los mercados regulados.

Estas circulares, pueden incluir órdenes o mandatos que los destinatarios deben cumplir, teniendo efectos directos e indirectos no solamente para los operadores sino para la colectividad en general, en particular a lo que corresponde al régimen de usuarios. Pero siempre bien

---

<sup>825</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. Autoridades naciones de reglamentación.... Op cit. 142 y ss.

<sup>826</sup> *Ibíd.* Pp. 143.

<sup>827</sup> FERNANDO PABLO, MARCOS M. *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Colex, Madrid, 1998.

<sup>828</sup> Art. 5°. Instrumentos de las Administraciones Públicas para la mejora de la regulación.

*Para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación, las Administraciones Públicas.*

1. *Impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar.*

...



entendido que se trata de un efecto reflejo, no de la atribución de una potestad general de ordenación de los derechos de terceros.

Debido a la evolución de las normativas comunitarias y la adopción de la “regulación por mercados” se ha modificado el esquema tradicional de estas circulares, en el sentido de que ya no estamos en presencia de Instrucciones de Carácter General, sino que responden a una naturaleza mixta, porque pueden implicar obligaciones para todos los operadores, y obligaciones específicas para aquellos operadores que sean designados como operadores con Posición de Dominio, Circulares que deben enmarcarse, en todo caso, dentro de las atribuciones legales, la previsión constitucional y estar conformes al bloque de legalidad en relación a los Reglamentos Generales que sean expedidos por parte del Gobierno.

### **3.2.1.2. Funciones de Vigilancia y supervisión**

La particularidad de estas dos funciones, consiste y tiene como fin, garantizar el correcto funcionamiento del sector, en el sentido de que deben ser notificadas a la Comisión con carácter previo antes del inicio de la prestación de la actividad, la intención o finalidad de llevar a cabo la explotación por un operador, de un determinado servicio o de una red, con la finalidad de que esta entidad verifique los requisitos previstos en la Ley<sup>829</sup>.

La finalidad de estas potestades, es buscar la existencia de condiciones óptimas del mercado. Por consiguiente, su ejercicio se da cuando sea indispensable la implantación de medidas donde se imponen obligaciones ante la ausencia de competencia o la declaración de Operadores con Posición Dominante<sup>830</sup>, previo estudio donde se constate esta situación.

Se debe precisar que ambas funciones se ejercen de manera continua y no solo se circunscribe al sector de las telecomunicaciones, sino que se permite que otro tipo de organismos puedan adoptar medidas o realizar investigaciones cuando se estén incumpliendo otras disposiciones legales, en particular las provenientes del derecho de la competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

### **3.2.1.3. Funciones de Inspección y Sanción**

---

<sup>829</sup> VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. Op. Cit., Pp. 817. Quien precisa, que la función de vigilancia atendiendo a los criterios de revisión de los mercados y la adopción de las medidas correspondientes “*Por otra parte, se pueden incluir en esta facultad de vigilancia y supervisión de la CMT las actividades previas a la adopción de obligaciones de poder significativa en el mercado. Se reconoce a la CMT la capacidad para definir los mercados de referencia, teniendo en cuenta las Directrices de la Comisión Europea y la Recomendación de Mercados Relevantes [arts. 10.1 y 48.2.g) LGTT]. Sobre esta definición debe llevar a cabo un análisis de los mercados de referencia, al menos de cada dos años, para si no es así, cuál o cuáles operadores poseen un poder significativo en el mercado de referencia considerado o otros estrechamente relacionados con éste, todo y previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia (art. 10.2 y 3 LGTT).*”

<sup>830</sup> *Ibíd.* Pp. 817.

Respecto a las funciones de inspección se ejerce respecto aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora y una posibilidad indirecta de inspección en cuanto se le reconoce la posibilidad de solicitar la intervención de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones<sup>831</sup> para la inspección técnica de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, en aquellos supuestos en que sea necesario. Esta potestad es considerada como la típica función característica de las administraciones independientes<sup>832</sup>.

Es necesario precisar, que la potestad sancionadora de la Comisión, en un principio era una competencia de carácter restringido, al ser considerada que sobre la misma existía una reserva de Ley, razón por la cual esta entidad no podía imponer sanciones, a pesar de la existencia de una transgresión a la legislación y a las obligaciones impuestas a los operadores. Las posteriores modificaciones incorporadas con a la Ley General de Telecomunicaciones en los años 1998 y 2003, han reconocido esta potestad, tipificando las infracciones y las sanciones, estas últimas impuestas por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología y la CMT de acuerdo con sus respectivas competencias<sup>833</sup>.

Su ejercicio está sujeto a la existencia de conductas que sean contrarias a las competencias que por Ley le han sido reconocidas y que han sido incorporados en las Circulares y Resoluciones que la entidad ha expedido. Por lo tanto, la potestad sancionadora se ejerce respecto a los incumplimientos de los instrumentos normativos que dicte en el ejercicio de sus competencias, así como respecto al incumplimiento de los requerimientos de información. Las sanciones se imponen atendiendo a la gravedad de la conducta y pueden ser recurridas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual se constituye como un elemento más que garantiza la legalidad de la actuación del órgano regulador, de forma que su independencia es simplemente un resultado legal

---

<sup>831</sup> Ibidem. Pp. 820 y ss. Función atribuida tras la trasposición de las Directivas Comunitarias al Derecho Español, lo que la faculta para realizar inspecciones cuando lo considere pertinente, particularmente en lo que corresponde a las ofertas y contratos sin que mediaría la autorización el Ministerio. Adicionalmente, se tipifica como infracción muy grave el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por parte de la CMT en el ejercicio de sus funciones. *“Como complemento a la nueva capacidad de inspección se reconoce la consideración de autoridad pública a su personal en ejercicio de dichas funciones (art. 50.6 LGTT) y se tipifica como infracción muy grave el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la CMT en el ejercicio de sus funciones [art. 53.x) LGTT]. Esta obligación de suministro de información por parte de los operadores se completa con la posibilidad a la CMT de requerir a las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones (art. 9: LGTT)”*.

<sup>832</sup> FERNANDO PABLO, MARCOS M. *Derecho General de las Telecomunicaciones...* Op. cit. Pp. 207

<sup>833</sup> VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*. Op. Cit., Pp. 821. *“A la CMT se le reconoce potestad sancionadora conforme lo que establecen las leyes, a través de la que pueden imponer sanciones en el ámbito de su competencia (arts. 48.2 y 56 LGTT). Esta potestad con la que no contaba desde un principio, sino sólo a partir de la LLT, se concreta en las infracciones muy contenidas en el art. 53 q) a x), en la infracciones graves tipificadas en el art. 54 q) y las infracciones leves tipificadas en el art. 55 d) LGTT, correspondiendo la imposición de sanciones al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves, y al Presidente, en cuanto a la leves (art. 58 LGTT).*

Adicionalmente, dentro del catálogo de atribuciones dadas a la Comisión tanto en las Directivas Europeas y en la Ley General de Telecomunicaciones, que vienen a complementar el objeto de la CMT que permiten el normal desarrollo de su actividad, las cuales pueden clasificarse en las siguientes categorías:

- a) Funciones relacionadas con el objetivo de fomentar la Competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas.
- b) La Función de Resolución de Conflictos y Arbitraje entre operadores
- c) La función de gestionar los recursos de numeración a los operadores
- d) Ejercicio de las funciones relacionadas con el servicio universal.
- e) Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas
- f) Las funciones de estudio, Información y Asesoramiento
- g) La Función de información preceptiva en caso de elaboración de normas sectoriales y licitaciones de otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.

### 3.2.2. Comisión Nacional de Energía

La Comisión Nacional de la Energía<sup>834</sup>, fue creada mediante la Ley 34 de 1998<sup>835</sup> y se constituye en año de 1999, en este mismo año se aprueba su reglamento mediante el Real Decreto 1339/1999<sup>836</sup>.

El objeto de la Comisión se define legalmente cómo: *“el organismo público encargado por velar por la competencia efectiva en los sistemas energéticos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores”*.

Este Organismo regulador tiene como precedentes a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN), la cual fue remplazada posteriormente por la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico Nacional (CNSE), creadas bajo dos leyes, la primera que consagra la existencia dentro el ordenamiento jurídico español de un organismo regulador sectorial de carácter independiente y autónomo del poder político, atendiendo a los mandatos comunitarios a través

---

<sup>834</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“La Comisión Nacional de la Energía (CNE) como regulador de los sectores energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre regulador y la Administración general”*. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Eléctrico. Tomo I*. Directores Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel, Madrid. 2009.

<sup>835</sup> FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. *“Las Administraciones Independientes de regulación y Supervisión en España”*. Op. cit. 428. Cita 28. Donde el autor señala:

*Establecida por la Ley 34/1998 del sector de hidrocarburos para sustituir a la Comisión nacional del Sistema eléctrico, como ésta, a su vez, lo hizo con la antigua Comisión del Sistema Eléctrico Nacional. No obstante, la Comisión Nacional de la Energía tiene algunas de las características que, en relación con las demás administraciones independientes, tal vez la sitúan entre las que disponen de menor autonomía, como se analizará con posterioridad. Vid. Infra. VI. Criterios de autonomía. A. análisis personal. i) Período de mandato y remoción por justa causa.*

<sup>836</sup> REAL DECRETO 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. (BOE Núm. 202 de 24/08/1999).

de Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN)<sup>837</sup> y posteriormente con la Ley del Sector Eléctrico (LSE)<sup>838</sup>. La finalidad de esta Comisión tal como se indica en su Ley de creación es la ser el ente regulador encargado de velar por el funcionamiento de los sistemas energéticos, que involucra tanto el mercado eléctrico y el mercado de los hidrocarburos líquidos y gaseosos<sup>839</sup>. Ciertamente, como hemos indicado, habrá que esperar a la LES para disponer de un tejido normativo completo sobre lo que es un órgano regularor, existiendo, algunos precedentes, singulares, como es el caso que estudiamos ahora.

### **3.2.2.1. Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN)**

Esta Comisión se crea mediante la Ley 40/1993<sup>840</sup>, constituyéndose en el año de 1995. Esta norma viene a regular el sistema eléctrico español en todos sus aspectos, desde las actividades de producción, transporte y distribución eléctrica, su finalidad era contar con un marco completo e integrador de todos y cada uno de los aspectos que integran al sector eléctrico<sup>841</sup>. Para ello era indispensable contar con un ente regulador de todo el sistema cuya, función principal era velar por el correcto y efectivo funcionamiento del sector eléctrico<sup>842</sup>. Fue la

---

<sup>837</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio...”* Op. cit. Pp. 95. La importancia que tiene la LOSEN, es la de incorporar dentro de la tipología tradicional de organismos, una nueva clasificación de entes dotados de autonomía e independencia para el ejercicio de las funciones que le habían sido asignadas, con una amplia regulación. *“Dentro de la tipología de entes administrativos existentes en 1995, la autonomía e independencia de que gozan los entes reguladores como algo consustancial a su naturaleza, era extraña a nuestro Derecho y el legislador, en la LOSEN, hubo de hacer una regulación sin antecedentes en los que basarse, y en especial en reparto de atribuciones entre la Administración del Estado y el órgano regulador; optando por atribuir a la CSEN, junto con la calificación de ente regulador, un conglomerado de funciones de muy distinta naturaleza y calado, con mayor o menor acierto, tratando de dar respuestas al estado de opinión de aquel momento, que demandaba la creación de un órgano regulador independiente, pero al que dotó de contenido real de enorme ambigüedad y poco meditado, a mi juicio”.*

<sup>838</sup> HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y competencia...* Op. cit. Pp. 155 y ss. *“La introducción de un ente regulador del sector eléctrico, es un mérito que debe atribuirse a la ley eléctrica de 1994 (LOSEN), que creó la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CNSE). Al dictarse la Ley 54/1997 (LSE), se modificó la CNSE y se creó la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, a la que se encarga como objetivo principal garantizar el funcionamiento del sector eléctrico en un marco liberalizado, sin abusos de posición de dominio y con respecto a la libre competencia.”.*

<sup>839</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio...”* Op. cit. Pp. 93.

<sup>840</sup> LEY 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

<sup>841</sup> RODRIGUEZ ROMERO, LUIS. *“Antecedentes inmediatos: La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico”.* En VVAA. *Energía: Del Monopolio al Mercado.* CNE, Diez años en perspectiva. José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez (Directores). Comisión Nacional de Energía, Thomson-Civitas. Navarra. 2006. *“Con este objetivo contemplaba la totalidad de actividades de que conformaban dicho sector: generación. Transporte, explotación unificada, intercambios internacionales. Distribución y suministro. Respecto de estas actividades la Ley introdujo algunas modificaciones sobre la regulación de aspectos concretos de las mismas, haciendo una compilación sobre la dispersa legislación y normativa. Adicionalmente, la Ley dio una solución durante en aquéllos momentos un problema pendiente que había venido influyendo en la estabilidad del sector durante todo el anterior periodo.”*

<sup>842</sup> Exposición de Motivos de la Ley 40/1994, donde se indica.

*La Ley crea una Comisión del Sistema Eléctrico Nacional como ente regulador del Sistema, con el objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, para lo que garantiza la independencia de sus miembros.*

primera autoridad reguladora diferente a las existentes en el sector financiero y responde a las políticas comunitarias las cuales preconizaban por contar con un ente regulador independiente (esta independencia radica principalmente en la de sus miembros, respecto a las empresas que se regulan y de la Administración- Gobierno)<sup>843</sup>, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena capacidad para actuar, para lo cual era indispensable separar las actividades de producción con la actividad regulatoria. Se le reconoce como un órgano de carácter técnico, su finalidad principal, de acuerdo con la ley de su creación era la de velar por la transparencia y no discriminación en las retribuciones de los sujetos del sistema eléctrico, velar por la efectiva competencia y que las decisiones que se adoptaran fueran eficientes para el mercado y los agentes participantes en el mismo<sup>844</sup>.

En cuanto a su estructura, esta entidad estaba formada por el Consejo de Administración, conformado por el Presidente (representante legal de la Comisión) y por seis vocales, ejercían las funciones por un período de 5 años, (el mandato fijo garantizaba su independencia), el cual podría ser renovado por un período solamente; asimismo el Estatuto de su creación señalaba claramente cuáles eran los supuestos para el cese en las labores y las correspondientes incompatibilidades para el ejercicio de las funciones, así como la imposibilidad de desempeñar cargo alguno u otra actividad profesional que tuviera relación directa con el sector eléctrico durante los dos años posteriores a la dejación del cargo<sup>845</sup>, rasgos propios de las Autoridades Independientes<sup>846</sup>, tal como se indicaba en el artículo 6 de la mencionada Ley:

*Artículo 6. Comisión del Sistema Eléctrico Nacional.*

*1. Como ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional y con objeto de velar por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, se crea la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional como entidad de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar. La Comisión sujetará su actividad a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando ejerza potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado.*

*A los efectos de lo previsto en la Ley General Presupuestaria se considerará incluida en el artículo 6.5 de la misma.*

*En sus adquisiciones patrimoniales y contratación la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional estará sujeta al derecho privado. Su personal estará vinculado a la misma por una relación sujeta a las normas de derecho laboral. La selección del mismo, con excepción del de carácter directivo, se hará mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y*

---

<sup>843</sup> LASHERAS, MIGUEL ÁNGEL. Op.cit., Pp. 301. Quien considera que uno de los aspectos más cuestionables de la independencia de este tipo de entidades, es la relación que existe entre los reguladores y los regulados, ya que pueden originarse conflictos de interés y es muy difícil lograr un total equilibrio entre los intereses de las empresas reguladas y los intereses generales que deben ser alcanzados por parte del ente regulador.

<sup>844</sup> Ibídem., Pp. 301.

<sup>845</sup> RODRIGUEZ ROMERO, LUIS. "Antecedentes inmediatos: La Comisión del Sistema Eléctrico..." Op. cit. Pp. 356 y ss.

<sup>846</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. "La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio..." Op. cit. Pp. 97

*capacidad. Dicho personal estará sujeto al régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para el personal al servicio de las Administraciones públicas.*

...

*2. La Comisión estará regida por un Consejo de Administración, compuesto por el*

*Presidente, que ostentará la representación legal de la Comisión, y por seis Vocales. Tanto el Presidente de la Comisión como los Vocales serán nombrados entre personas de reconocida competencia técnica y profesional.*

*3. El Presidente y los Vocales serán nombrados mediante Real Decreto por el Gobierno a propuesta del Ministro de Industria y Energía previa comparecencia del mismo y debate en la Comisión competente del Congreso de los Diputados, para constatar el cumplimiento por parte de los candidatos de las condiciones indicadas en el apartado anterior.*

*El Presidente y los Vocales de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional serán nombrados por un período de cinco años, pudiendo ser renovados por un período de la misma duración.*

*4. El Presidente y los Vocales cesarán por las siguientes causas:*

*a) Expiración del término de su mandato.*

*b) Renuncia aceptada por el Gobierno.*

*c) Incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, incompatibilidad producida con posterioridad a su nombramiento como miembro de la Comisión o condena por delito doloso, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Industria y Energía y cese por el Gobierno, a propuesta motivada del Ministro de Industria y Energía.*

*5. El Presidente y los Vocales de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional estarán sujetos al régimen de incompatibilidades establecido para los altos cargos de la Administración General del Estado.*

*Otros de los aspectos a destacar de esta entidad, es el poder autónomo que le fue otorgado en la Ley de su creación, donde se señala que está adscrita al Ministerio de Industria y que algunas de sus decisiones serían revisables por parte de este organismo, a pesar de esto contaba con total autonomía para la elaboración de los informes, y la expedición de las Circulares donde se indicaban las obligaciones en cabeza de las empresas de carácter tarifaria, las cuales podrían ser recurribles por vía judicial<sup>847</sup>.*

Asimismo se estipuló en la Ley, que dicha Comisión contaría un Consejo Consultivo<sup>848</sup>, el cual sería el órgano de asesoramiento de la Comisión, con la participación de miembros de la

---

<sup>847</sup> LASHERAS, MIGUEL ÁNGEL. Op. Cit., Pp. 301.

<sup>848</sup> Artículo 7. Consejo Consultivo de la Comisión.

*1. Como órgano de asesoramiento de la Comisión se constituirá un Consejo Consultivo, integrado por un número máximo de treinta miembros, en el que estarán representadas las diferentes Comunidades Autónomas, la Administración General del Estado, representantes de las compañías del sector eléctrico, de los consumidores y usuarios y otros agentes sociales y de defensa de la*

Administración Central, de las Comunidades Autónomas, las empresas del sector eléctrico, las asociaciones de usuarios, las organizaciones dedicadas a la protección del medio ambiente; Presida por el Presidente de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico.

En cuanto a las funciones, el artículo 8º de la Ley 40/ 1994, establece un elemento más o menos amplio de funciones, tendentes a dinamizar el sector eléctrico y contar con marco adecuado de competencias de acuerdo con las competencias internacionales que se pueden agrupar de la siguiente manera: 1) Desarrollo normativo eléctrico; 2) Régimen Tributario y aplicación de tarifas; 3) Planificación y autorización de instalaciones; 4) Determinar deficiencias en el suministro; 5) Órgano inspector y árbitro del sistema; 6) Órgano Sancionador; 7) Elaboración de memoria; 8) Velar por la competencia, 9) Otras funciones y 10) Las funciones que le encomiende el Gobierno.

	TIPOS DE FUNCIONES
	<p><b><i>Desarrollo normativo eléctrico:</i></b></p> <p>Primera: actuar como órgano consultivo de la Administración en materia eléctrica.</p> <p>Segunda: participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales y en particular del desarrollo reglamentario de esta Ley.</p> <p>Sexta: emitir los informes que le sean solicitados por las Comunidades Autónomas cuando lo consideren oportuno en el ejercicio de sus competencias en materia eléctrica.</p> <p>Séptima: aprobar, conforme a los Reglamentos que se dicten en la materia, las normas de transporte a las que se refiere el artículo 34 y las normas de la explotación unificada, dictar las instrucciones para su ejecución, velar por su cumplimiento, así como resolver las reclamaciones</p>

---

*preservación del medio ambiente, siendo presidido por el Presidente de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional.*

*En el seno del Consejo Consultivo, con objeto de facilitar sus trabajos, se crea una Comisión Permanente, integrada por un número máximo de quince miembros, de entre los miembros del Consejo Consultivo, cuya composición y funciones se determinarán reglamentariamente atendiendo a criterios de importancia relativa en cuanto a potencia instalada y producción de electricidad, consumo de electricidad y transcendencia de las materias objeto de análisis para las diferentes representaciones.*

*2. El Consejo Consultivo podrá informar respecto a las actuaciones que realice la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional en el ejercicio de sus funciones atribuidas por el artículo 8. Este informe será a su vez preceptivo sobre las actuaciones a desarrollar en ejecución de las funciones segunda, tercera, cuarta y séptima.*

<b>FUNCIONES</b>	que pudieran presentarse en su aplicación, sin perjuicio de las competencias que pudieran corresponder en esta materia a otras entidades o instituciones del Estado.
	<p><b><i>Régimen retributivo y aplicación de las tarifas:</i></b></p> <p>Decimocuarta: elaborar anualmente una memoria de actividades que se remitirá a las Comisiones competentes del Congreso de los Diputados y del Senado.</p>
	<p><b><i>Planificación y organización eléctrica:</i></b></p> <p>Decimotercera: acordar su organización y funcionamiento interno, seleccionar y contratar a su personal.</p> <p>Decimoquinta: velar para que los sujetos que realicen las actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado</p>
	<p><b><i>Deficiencias en el suministro:</i></b></p> <p>Undécima: determinar, en los términos previstos en la presente Ley, los concretos sujetos del sistema integrado a cuya actuación sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios y que determinen reducciones en la retribución de sus actividades.</p>
	<p><b><i>Órgano inspector y árbitro del sistema:</i></b></p> <p>Novena: inspeccionar, a petición de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas competentes, las condiciones técnicas de las instalaciones, el cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones, las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos del sistema eléctrico en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas y criterios de remuneración de las actividades eléctricas, así como la efectiva separación de estas actividades en los términos en que sea exigida.</p> <p>Décima: actuar como órgano arbitral en las relaciones entre los sujetos que realicen las actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional contemplados en el artículo 10 de la presente Ley, y específicamente las relativas al acceso a las redes de transporte y distribución.</p> <p>Artículo 37. Acceso de terceros a la red de transporte. 2. El acceso de terceros a las líneas de transporte se realizará en condiciones transparentes y objetivas para los mismos. La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional resolverá las cuestiones que se planteen en relación con las condiciones</p>



	de acceso.
	<p>Artículo 40. Obligaciones y derechos de las empresas distribuidoras. c) Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas.</p>
	<p><b>Órgano sancionador:</b></p> <p>Duodécima: proponer de oficio la iniciación de los expedientes sancionadores que se incoen de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, cuando sean de la competencia de la Administración General del Estado e informar, cuando sea requerida para ello, aquellos expedientes sancionadores iniciados por las distintas Administraciones.</p>
	<p><b>Elaboración de informes:</b></p> <p>Decimocuarta: elaborar anualmente una memoria de actividades que se remitirá a las Comisiones competentes del Congreso de los Diputados y del Senado.</p>
	<p><b>Velar por la competencia:</b></p> <p>Decimoquinta: velar para que los sujetos que realicen las actividades previstas en el Sistema Eléctrico Nacional las lleven a cabo sin prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la situación de dominio en el mercado.</p>
	<p><b>Todas otras funciones que reglamentariamente le encomiende el Gobierno</b></p>

**Cuadro 19 - Fuente Ley 40/1993 - Creación Propia: Tipos de Funciones de la CNSE.**

### **3.2.2.2. Comisión Nacional del Sistema Eléctrico Nacional (CNSE)**

Creada por medio de la Ley 54/1997<sup>849850</sup> como el ente regulador del sistema eléctrico español, independiente, encargado de velar por la competencia en el sector, estableciendo para ello

<sup>849</sup> LEY 54/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO. (BOE n. ° 285, de 28 de noviembre de 1997). En su exposición de motivos se precisaba las razones del porque era necesario contar con un regulador sectorial con amplias facultades, destacándose su labor de un regulador pro mercado, garante del correcto y adecuado funcionamiento del mercado y evitando que en el mercado energético se

reglas objetivas y transparentes, en pro tanto de los operadores del sistema y de los ciudadanos<sup>851</sup>. Su característica fundamental es el abandono de la tradicional definición de servicio público pasando a denominarse servicio esencial. Su objetivo fundamental es consolidar la liberalización plena del sector energético<sup>852</sup>, introduciendo elementos que garanticen la explotación del sistema, la separación de actividades, como principales aspectos a ser desarrollar por parte de la Comisión. A tal efecto se crea el mercado de la electricidad y se atribuye a dos compañías no públicas la gestión económica y técnica del sistema a la sociedad Compañía Operadora del Mercado Español de Electricidad, S. A. (OMEL), que a partir de 30 de junio de 2004, cambió su denominación social por la de Operador del Mercado Ibérico de Energía, Polo Español, S. A. (OMEL) y a Red Eléctrica de España<sup>853</sup>.

En cumplimiento de los mandatos dados por la Directiva 96/92<sup>854</sup> y las Directivas que han sido expedidas con posterioridad, la Ley del Sector Eléctrico, se atribuye al Regulador Sectorial la labor de velar que el mercado eléctrico se comporte objetiva y transparentemente y

---

consolidaran las posiciones de dominio. La finalidad es que todo el conjunto de actuaciones a realizar por parte de la Comisión se adecuara al nuevo marco liberalizado. La exposición de motivos indicaba:

*“El sector eléctrico tiene unas características de complejidad técnica que hacen necesario garantizar que su funcionamiento en un marco liberalizado se produzca sin abuso de posiciones de dominio y con respecto estricto a las prácticas propias de la libre competencia. Por ello, en la presente Ley se dota a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico de amplias facultades en materia de solicitud de información y resolución de conflictos, y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas encargadas de la defensa de la competencia. Simultáneamente, se escalonan con más precisión los ámbitos de actuación de la Administración General del Estado y de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, se mejoran los mecanismos de coordinación entre ambas y se dota de mayor continuidad a las labores de la Comisión, al establecer un esquema de renovación parcial de sus miembros”.*

<sup>850</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Los mercados de interés general...* Op. cit. Pp. 83. La importancia de esta Ley dentro del Sistema jurídico español, es que viene a delimitar el alcance de la regulación y los objetivos que pueden ser alcanzados por medio de los diversos instrumentos con los que cuenta como lo son protección usuarios. *“Según la Ley del Sector Eléctrico 54/1997 la <<la regulación>> se justifica a fin de garantizar la calidad de dicho suministro y asegurar que se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección al medio ambiente. De forma ilustrativa la Ley llega a matizar distintos niveles de regulación, distinguiendo por una parte actividades reguladas (gestión económica y técnica del sistema, transporte y distribución) y actividades no reguladas (producción y comercialización)”.*

<sup>851</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía...* Op. cit. 383.

<sup>852</sup> Ibidem. Pp. 384. Asimismo se pretendía contar con un marco legal de carácter prospectivo que le permitiera a España estar acorde al sistema eléctrico de los demás países de la Comunidad Europea y de las reglas previstas para el mercado interior de la energía. Sobre el particular la autora indica: *“El segundo de ellos constituía el principal elemento de introducción de competencia en el sistema eléctrico, junto con la separación de actividades y pretendía, según señala la Exposición de motivos de la LOSEN, posibilitar una evolución gradual del “Sistema Eléctrico Nacional” en consonancia con las pautas de desarrollo de los sistemas eléctricos de los países de nuestro entorno y del mercado interior de la energía”.*

<sup>853</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARIANA. *“La Comisión Nacional de la Energía (CNE)...* Op. cit. Pp. 84 y ss.

<sup>854</sup> DIRECTIVA 96/92/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

garantizando las condiciones de competencia, para lo cual se aumentan las funciones atribuidas<sup>855</sup>.

El régimen legal, facultades atribuidas y composición de esta Comisión se encontraban consagrados en los artículos 6, 7 y 8<sup>856</sup>, pero conservando las competencias asignadas a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico Nacional, pero la nueva Ley precisa y amplía la facultad de solicitud de información<sup>857</sup> y de resolución de conflictos, atendiendo a la trascendencia que dicha función tiene en un mercado liberalizado por la confrontación de los operadores establecidos y los entrantes.

En cuanto a la composición de la entidad, la principal modificación radicó en la ampliación del número de miembros que integran el Consejo de Administración, con un Presidente y ocho vocales, asimismo se amplió el periodo a seis años<sup>858</sup>.

*Artículo 6. Comisión Nacional del Sistema Eléctrico.*

*1. La Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, como ente regulador del sistema eléctrico, tiene por objeto velar por la competencia efectiva en el mismo y por su objetividad y transparencia, en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores.*

*La Comisión se configura como un organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar. La Comisión sujetará su actividad a lo dispuesto en la*

---

<sup>855</sup> Es en la misma Disposición Transitoria Tercera de la LSE, donde se establece el cambio de denominación o nombre de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional por el de la Comisión Nacional del Sector Eléctrico.

<sup>856</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Los mercados de interés general...* Op. cit. Pp. 326 y ss. Las atribuciones dadas respondían a un conjunto de regulaciones de distinta naturaleza. Se parte del criterio general que la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, es el ente regulador, cuya finalidad es la exista la competencia efectiva en el mercado eléctrico, bajo la aplicación de reglas objetivas y transparentes en beneficio de todos los sujetos entre operadores y consumidores.

Ahora bien, el conjunto de funciones unas provienen del derecho de la competencia, en el entendido de la Comisión deberá velar que todas las actividades que se presten en un sistema de libre competencia. Asimismo se le reconoce la posibilidad de resolver conflictos que le sea planteado respecto a los contratos relativo al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, sin dejar de lado las funciones tanto de tipo consultivo como la regulación, de supervisión e inspección, características propias de los entes reguladores en materia de eléctrica.

El inconveniente que se da y que solo a través de la Ley de Economía Sostenible del año 2011, era el recurso de alzada ante el Ministerio de Industria y Energía de las resoluciones adoptadas por la Comisión y sus actos de trámite en las mismas materias que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.

<sup>857</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio...* Op. cit. Pp. 98 y ss. *“Se mantiene la posibilidad de pedir cuanta información precise la CNSE para el ejercicio para el ejercicio de sus funciones, pero con dos requisitos,: especificar de manera justificada la función cuyo desarrollo se precisa la información y el uso que se pretendía hacer la misma, Se establece un instrumento jurídico para la solicitud de información, consistente en las Circulares de Información, que debían publicarse en el Boletín Oficial del Estado, exponiendo de forma detallada el tipo de información que se va a solicitar”.*

<sup>858</sup> Adicionalmente, la Ley 54 de 1997, preciso que tanto el Ministro de Industria y Energía y el Secretario del Estado de Energía y Recursos Minerales se les permitan que asistan a las reuniones del Consejo de Administración, otorgándoseles la posibilidad de participar en las reuniones pero sin la posibilidad de emitir voto, y asistirán cuando lo consideren pertinente, atendiendo a los temas sometidos a consideración del Consejo para su análisis.

*Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando ejerza potestades administrativas, a la legislación de contratos de las Administraciones públicas su contratación de bienes y servicios, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado.*

...

*2. La Comisión estará regida por un Consejo de Administración, compuesto por el Presidente, que ostentará la representación legal de la Comisión, y por ocho Vocales.*

*El Ministro de Industria y Energía, el Secretario de Estado de Energía y Recursos Minerales, o alto cargo del Ministerio en quien deleguen, podrán asistir a las reuniones del Consejo de Administración, con voz pero sin voto, cuando lo juzguen preciso a la vista de los asuntos incluidos en el correspondiente orden del día.*

*3. El Presidente y los Vocales serán nombrados entre personas de reconocida competencia técnica y profesional, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Industria y*

*Energía, previa comparecencia del mismo y debate en la Comisión competente del Congreso de los Diputados, para constatar el cumplimiento por parte de los candidatos de las condiciones indicadas en este apartado.*

*El Presidente y los Vocales de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico serán nombrados por un período de seis años, pudiendo ser renovados por un período de la misma duración.*

*No obstante, la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico renovará parcialmente sus miembros cada tres años. La renovación afectará alternativamente a cinco o cuatro de sus miembros según corresponda.*

*Si durante el período de duración de su mandato se produjera el cese de uno de sus miembros, su sucesor cesará al término del mandato de su antecesor. Cuando este último cese se produzca antes de haber transcurrido un año desde el nombramiento, no será de aplicación el límite previsto en el segundo párrafo de este apartado, pudiendo ser renovado el mandato en dos ocasiones.*

*4. El Presidente y los Vocales cesarán por las siguientes causas:*

*a) Expiración del término de su mandato, continuando en funciones hasta el nombramiento de los nuevos miembros que procedan a su sustitución.*

*b) Renuncia aceptada por el Gobierno.*

*c) Incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, incompatibilidad producida con posterioridad a su nombramiento como miembro de la Comisión o condena por delito doloso, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Industria y Energía y cese por el Gobierno, a propuesta motivada del Ministro de Industria y Energía.*

*5. El Presidente y los Vocales de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico estarán sujetos al régimen de incompatibilidades establecido para los altos cargos de la Administración General del Estado. Al cesar en el cargo y durante los dos años posteriores, no podrán ejercer actividad profesional alguna relacionada con el sistema eléctrico. Reglamentariamente se determinará la compensación económica que corresponda percibir en virtud de esta limitación y las condiciones para acceder a ella.*

### 3.2.2.3. Comisión Nacional de Energía

Con la finalidad de crear un mercado con condiciones de competencia efectiva, garantizando la objetividad y transparencia en el sistema energético y buscando el beneficio de todos los agentes participantes en el mercado y de los consumidores, se crea la Comisión Nacional de Energía, bajo la Ley 34/1998. Se trata de un organismo independiente y rector del mercado energético, tal como se indica en la Disposición Adicional donde se suprime la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico. Y se constituye como único regulador del sector energético<sup>859</sup>, precisando que es la Directiva comunitaria del año 2003 donde se exige la existencia de un organismo regulador de carácter independiente; es a partir de este momento con las respectivas transposiciones de la Directiva a través de las Leyes 12/2007<sup>860</sup> y la Ley 17/2007<sup>861</sup>, en que esta Comisión cuenta con el carácter de autoridad reguladora y la asignación de sus competencias, a pesar de los fuertes cuestionamientos realizados por la doctrina respecto a las poderes asignados, de la existencia de la misma Comisión y la crítica común respecto a todas las Comisiones su encaje y constitucionalidad.

En la Ley 34/1998<sup>862</sup>, crea la Comisión Nacional de la Energía, como regulador único para el sector energético Español atendiendo a la citada experiencia internacional<sup>863</sup> (se integran en

---

<sup>859</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley 34/1998, se viene a precisar las razones del cambio de nominación y de la unificación en un único regulador en materia de energía:

*“Las razones de un único regulador para los mercados energéticos, la vinculación e independencia de los sectores energéticos, la vinculación e independencia de los sectores energéticos, la similar problemática de algunos de ellos, especialmente, interrelación empresarial en este ámbito económico recomiendan atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca”.*

<sup>860</sup> LEY 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. (BOE n° 158 3/07/2012).

<sup>861</sup> Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. (BOE n° 160 5/7/2007).

<sup>862</sup> Algunos autores entre ellos MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Introducción al sector energético:...* Op. Cit. Pp. 49 consideran que la intención del Legislativo era crear una comisión con el fin de cumplir con las obligaciones previstas en la normativa comunitaria, ya que es a través de la disposición adicional de esta ley, más específicamente en la Disposición Adicional 11ª. de la citada Ley. En tal sentido este autor afirma lo siguiente en la cita 19 señalando: *“La creación de la CNE y su regulación se llevó a cabo por la Disposición Adicional 11ª de la Ley de 7 de octubre de 1998 que regula el sector de hidrocarburos. Allí se ha mantenido hasta ahora a pesar de las reformas legales que se han sucedido, lo que quizá se prueba del escaso aprecio del legislador por la función que cumple dicha institución. Entre las competencias que se le atribuyeron en la disposición indicada, el párrafo 1.º le encomendaba “velar por la competencia efectiva” en los sectores energéticos, lo que planteó el problema de si esta atribución no suponía una interferencia en las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (actualmente Comisión Nacional de Competencia). En otros países se suelen atribuir atribuciones concurrentes tanto a las autoridades de la competencia como a las*

este organismo regulador a los sectores de electricidad, gas y productos derivados del petróleo, además de ser vigilante del mercado energético integrado). Es un ente de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio y con plena capacidad para obrar, adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio<sup>864</sup>. Es un órgano de carácter técnico de carácter colegiado, para lo cual las personas que lo integran deben ser expertos en las materias energéticas, como un ente regulador. Conserva los rasgos característicos de las Autoridades Independientes, como lo son su autonomía e independencia dada a su órgano rector y a su Consejo de Administración; el nombramiento de sus miembros (Presidente y siete Consejeros), para períodos de 6 años<sup>865</sup><sup>866</sup> “*de personas de reconocido prestigio y competencia*”

---

*comisiones reguladoras, aunque reducidas en este caso a la vigilancia del sector económico específico que regulan.”....*

<sup>865</sup>Es la misma Exposición de motivos donde se precisa que España debería contar con una sola Autoridad reguladora en materia energética, atendiendo a una serie de elementos y problemáticas comunes, que conducen a que una sola entidad sea la encargada de regular y vigilar el sector, precisando: “*dada la vinculación e interdependencia de los sectores energéticos, la similar problemática de algunos de ellos, especialmente, del gas natural y de la electricidad, y la progresiva interrelación empresarial en este ámbito económico. Son todos estos factores que recomendaron atribuir a un único órgano económico. Son estos los factores que recomendaron atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozcan*”.

<sup>864</sup> DISPOSICIÓN ADICIONAL UNDÉCIMA. Comisión Nacional de Energía

*Primero. Naturaleza jurídica y composición.*

*1. Se suprime la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico como ente regulador del sistema eléctrico, a la entrada en vigor de la presente Ley.*

*2. Se crea la Comisión Nacional de Energía como organismo público regulador del funcionamiento del sector de la energía, que incluye el mercado eléctrico, así como los mercados de hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos. La Comisión Nacional de Energía tendrá por objeto promover el funcionamiento competitivo del sector energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios y de calidad, en lo que se refiere al suministro de electricidad y gas natural, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.*

*La naturaleza jurídica y el régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía serán los previstos en los artículos 8.3 y 8.4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

*La relación de la Comisión Nacional de Energía con las entidades públicas y privadas y su independencia funcional serán las previstas en el artículo 9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

*La organización del personal de la Comisión Nacional de Energía, sus funciones, procesos de selección y nombramiento y las garantías para su actuación serán los previstos en la sección IV, del Capítulo II, del Título I de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

<sup>865</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 2011). Artículo 1: Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo

<sup>866</sup> Inicialmente la Ley preveía la posibilidad de reelección por un periodo igual por una sola vez, el cual no coincidía con el periodo previsto para los miembros de Parlamento ni del Ejecutivo, como garantía total independencia en el ejercicio de sus funciones, por la no interferencia de ningún tipo de presión política. En el entorno comunitario, en el Tercer paquete de Directivas, precisa que los miembros de este tipo de comisiones deben ser nombrados por períodos fijos y sin que exista la posibilidad de renovación en sus cargos.

Atendiendo que la transposición de estas de estas Directivas en el Derecho Español solo hasta el año 2012, mediante el Decreto-Ley 13/2012 la modificación propuesta en cuanto a la no reelección de sus miembros, fue realizada mediante la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, precisándose en el numeral 2 del Art. 13 que “*2.El mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección*”

*competencia y profesional*”, previa comparecencia en el Parlamento; los motivos previstos para el cese de actividades<sup>867</sup>; sus fuentes de financiación<sup>868</sup>, como elemento que garantiza su independencia y su auto-regulación, entendida como la capacidad para establecer su organización y funcionamiento interno, y, finalmente, la posibilidad de seleccionar y contratar su personal atendiendo a los parámetros establecidos en la Sección 4.<sup>a</sup> respecto del personal de los Organismos Reguladores, sea este personal directivo y el personal no directivo, previstos en la Ley de Economía Sostenible, la cual pretendió unificar el régimen de los Organismos Reguladores<sup>869</sup>.

En cuanto a las facultades atribuidas por la Ley a la Comisión Nacional de Energía<sup>870</sup>, encuentran reguladas en el apartado 3 de la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, en el Real Decreto 1339/1999<sup>871</sup>, las cuales fueron incrementadas por la Ley 17/2007 (Ley que transpuso las funciones de supervisión de los reguladores, tal como se encontraba previsto en la Directiva 2003/53/CE<sup>872</sup>) y en el Decreto-Ley 13/2012<sup>873</sup>, donde se incorporan

---

*como miembro del Consejo. La renovación de los Consejeros se hará parcialmente para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo”.*

<sup>867</sup> Antes de las modificaciones introducidas por la Ley de Economía Sostenible en cuanto a las causales de cese del cargo previstas en el artículo 16, la Disposición Adicional Undécima. 5, establecía tres supuestos por los cuales que no contemplaban la imposibilidad sobrevenida o la separación del cargo por parte del Gobierno cuando mediara incumplimientos graves o conflictos de intereses, precedido del respectivo procedimiento sancionador.

<sup>868</sup> La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (B.O.E n° 313 31/12/01) en su artículo 1, Uno, modifica la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

<sup>869</sup> Antes de la reforma del año 2011, la estructura prevista de Ley 34/1998 precisaba que la Comisión estaría compuesta por 9 miembros, el Presidente el cual ejercía las funciones de representa legal de la Comisión y de Presidente de los Consejos consultivos de la misma y de 8 vocales entre los que se designaba el vicepresidente de la Comisión.

<sup>870</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “*La Coordinación y delimitación de funciones entre las autoridades de defensa de la Competencia y el regulador sectorial energético*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Eléctrico. Tomo I*. Directores Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel, Madrid. 2009. Precisando que la nueva denominación dada a la Comisión responde a la de un verdadero ente regulador, en el entendido de que bajo la nueva perspectiva responde a la forma de intervención de los poderes públicos en la Economía, donde el Estado ya no presta los servicios de forma directa, sino que regula la prestación de los mismos.

<sup>871</sup> REAL DECRETO 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. (BOE núm. 202, 24 de agosto de 1999), donde se indican que son funciones de la Comisión Nacional de la Energía:

1. FUNCIÓN DE PROPUESTA E INFORME.
2. FUNCIÓN ARBITRAL

<sup>872</sup> *Disposición adicional quinta. Supervisión del mercado eléctrico. La Comisión Nacional de Energía, en el ejercicio de las funciones de supervisión que tiene encomendadas, remitirá anualmente un informe al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio analizando el grado de desarrollo de la competencia en el mercado eléctrico incluyendo, en su caso, propuestas de reforma regulatoria destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector.*

Debe precisarse que la atribución de la facultad de supervisión estaba dada con el fin de verificar la efectiva separación contable entre las empresas, evitando que estas contaran con discriminaciones, subvenciones o cualquier tipo de distorsión que pudiera afectar el mercado.

<sup>873</sup> Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y

nuevas funciones o se refuerzan las que habían sido asignadas en el momento de su creación por parte del Legislador<sup>874</sup>. Además de lo dispuesto en la Ley 30/1992 y otras disposiciones de Derecho Público que tienen incidencia directa en este tipo de organismos<sup>875</sup>, todas las funciones tienen como objetivo principal velar por la competencia efectiva dentro del mercado eléctrico y energético en general, bajo reglas objetivas y transparentes, que redunden en beneficio de todos la colectividad y de los mismos operadores<sup>876</sup>. Funciones que pueden agruparse en, funciones de carácter consultivo contando con un catálogo amplio de materias en las que la Comisión presta su labor consultora y asesora al Gobierno<sup>877</sup> (función cuestionada, porque los reguladores del entorno comunitario contaban con facultades resolutorias) y las funciones de carácter ejecutivo, a continuación procederemos a preciar el contenido y alcance de cada uno de ellas<sup>878</sup>:

---

gasista. (BOE n° 78, de 31 de marzo de 2012). Mediante la transposición de la Directiva en materia de energía, se refuerzan las facultades atribuidas al regulador sectorial particularmente en lo concerniente en la función de control y resolución de controversias en temas de acceso de terceros a la red, el cumplimiento de las obligación de actividades, los planes de inversión de los gestores, sin dejar de lado las obligaciones de competencia y la protección de los consumidores.

<sup>874</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Introducción al sector energético:...”* Op. Cit. Pp. 48 y ss. Quien alude que uno de los principales inconvenientes que ha tenido la Comisión Nacional de la Energía es que ha sido considerado como un regulador de carácter débil, ya que sus facultades eran solamente de carácter consultivo a pesar que la Ley alude a un listado más o menos amplio de facultades, sin dejar de lado que sus decisiones cuando las profería podrían ser recurridas mediante recurso de alzada. En cuanto al ejercicio de sus competencias en pro de la competencia, se ejercían de manera restrictiva, generando en la opinión pública una visión de desconfianza respecto al Regulador y las decisiones que por este organismo deberían tomar.

<sup>875</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. *“La Coordinación y delimitación...”* Op.cit. Pp. 127. Quien precisa que los reguladores en general se rigen en cuanto al ejercicio de sus funciones públicas, por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), y, supletoriamente por Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), y otras normas de Derecho Público, particularmente lo Previsto en la Ley General de Presupuestos (LGP).

<sup>876</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía...”* Op. cit. 385, en igual sentido de esta misma autora *“La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio...”* Op. cit. Pp. 103.

<sup>877</sup> Ibidem. Pp. 393, quien indica que la Comisión, es un órgano consultivo en las siguiente materias:

- 1) Informar preceptivamente en los expedientes de autorización de instalaciones energéticas cuando son competencia de la Administración General del Estado
- 2) La elaboración de informes solicitados por parte de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en materia energética.
- 3) La elaboración de informes previos sobre las operaciones de concentración de empresas o toma de control de una o varias empresas energéticas por otras que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia
- 4) La de informar cuando sea requerida para ello de los expedientes sancionares que han sido iniciados por las distintas administraciones públicas.

<sup>878</sup> Lo que busco fundamentalmente la Directiva es que los entes reguladores del sector eléctrico contaran con independencia, dados los fuertes lazos de dependencia de los reguladores con el Gobierno, los cuales afectan el normal desarrollo de sus actividades y de una regulación objetiva ajena a cualquier tipo de interferencia por parte Gobierno en las medidas expedidas para el sector. Aspectos que indicaba PAREJO ALONSO, LUCIANO. *“Conferencia: Las relaciones y delimitación de...”* Op. cit. Pp. 102 y ss. Quien alude que son tan fuertes las relaciones entre el Gobierno-Administración con la CNE, que permiten concluir que no es totalmente independiente, por la influencia que se ejerce sobre ella, precisando que las relaciones se pueden clasificar en relaciones informales (destacándose las facultades de nombramiento de sus miembros, la asistencia a las sesiones del Consejo a lo que se le ha denominado facultad gubernativa y del control sobre las



### **a. Función Normativa**

Dentro de las atribuciones reconocidas a esta Comisión, está la de aprobar Circulares de desarrollo<sup>879</sup> y ejecución ya sea de los Reales Decretos y órdenes correspondientes del Ministerio que tengan relación directa con el sector energético<sup>880</sup>, para lo cual debe existir una habilitación expresa para ello. Se debe tener presente que las Circulares que se expidan por parte de la Comisión pueden ser generales o particulares, las primeras deben ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado<sup>881</sup>. La naturaleza en general de estas Circulares, coincide con la anteriormente explicada, esto es, normación subordinada de carácter técnico y especial por estar vinculada a un fin, dentro de un ordenamiento sectorial con relaciones de supremacía especial y que puede producir un efecto reflejo sobre terceros sin que les pueda afectar sino en lo que resulte de sus relaciones como usuario de tal servicio económico de interés general.

---

actuaciones de CNE) y relaciones formalizadas, todas relacionadas con el nombramiento y cese de los miembros, su labor de asesoramiento y consulta, donde el Gobierno puede inferir en las decisiones que la entidad pueda adoptar y que sus decisiones fueran recurribles mediante recurso de alzada ante el Ministerio al cual se encuentra adscrito la Comisión y no ante los jueces como sucede con las demás Comisiones o Autoridades Reguladoras, aspectos que restringen la independencia de la entidad y de ser considerado como un verdadero Organismo Regulador. Para este mismo autor, la única comisión que cuenta con una mayor independencia es el Consejo de Seguridad Nuclear en particular a lo que corresponde a sus relaciones con el Gobierno-Administración, particularmente en lo que corresponde a la forma de designación de sus miembros y la ausencia de participación de algún miembro del Gobierno en sus sesiones y sin ningún tipo de control respecto a sus actuaciones.

<sup>879</sup> Ley 34/1998.

*Artículo 3.*

*4. Sin perjuicio de las competencias atribuidas a los diferentes órganos de Defensa de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, además de las funciones establecidas en la legislación vigente y con objeto de garantizar la ausencia de discriminación y un funcionamiento eficaz del mercado, supervisará los siguientes aspectos en el sector del gas natural:*

*... A tal efecto, la Comisión Nacional de Energía podrá dictar circulares, que deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado, para recabar de los sujetos que actúan en el mercado gasista cuanta información requiera para efectuar la supervisión.*

<sup>880</sup> Uno de los aspectos más cuestionados de la independencia de la Comisión Nacional de Energía, era que sus decisiones eran recurribles mediante recurso de alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, excluyendo las resoluciones sobre conflictos relacionados con gestión económica y técnica del sistema eléctricos y las Circulares expedidas sobre solicitud de información.

Sobre la naturaleza de este recurso ver SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“La Comisión Nacional de la Energía (CNE)... Op. cit. Pp. 96, quien precisa: “Se trata de un Recurso de Alzada impropio en cuanto el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio no es superior jerárquico de la CNE. La existencia del mismo contrasta vivamente con el carácter de independencia del Regulador energético, y es claramente un menoscabo de la misma. Por ello, debería equiparse el régimen jurídico de la CNE al del recto de reguladores como CMT, CNMV o la CNC y suprimirse el Recurso de Alzada en todos los caso, de manera que las resoluciones de la CNE agoten la vía administrativa y sean impugnadas directamente ante los Tribunales”.*

Este inconveniente que afectaba la independencia del CNE y la procedencia del recurso fue modificado por la Ley de Economía Sostenible como se precisa en el art. 22, bajo la denominación de Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores, precisando que los actos y las resoluciones que sean dictadas en este caso por la Comisión en ejercicio de sus funciones públicas podrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

<sup>881</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op.cit, 283.

## **b. Potestad Ejecutiva**

Entendida, como una atribución común a todas las Autoridades Independientes, tendente a que se desarrollen y ejecuten las leyes y reglamentos previstos para el desarrollo del sector. En el contexto de la Comisión Nacional de la Energía esta facultad se concreta en:

1. Autorización de determinadas operaciones, en particular las que se realizan por parte de entidades que se encuentran reguladas, este tipo de autorizaciones deben ser notificadas al Ejecutivo<sup>882</sup>.
2. Liquidación de costes de transporte y distribución de energía eléctrica.
3. Efectuar las liquidaciones correspondientes a los ingresos obtenidos por tarifas y peajes relativos al uso de las instalaciones de la red básica, transporte secundario y distribución, provenientes del sector del gas.

---

<sup>882</sup> En cuanto a esta facultad, en la disposición adicional trigésima se establece el alcance de esta función, señalando:

*Decimocuarta: Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades de acuerdo con lo siguiente:*

*1. Autorizar la adquisición de participaciones realizada por sociedades que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, desarrollen las actividades de transporte, distribución de gas natural o de energía eléctrica, la operación del sistema y del mercado de energía eléctrica y operación del sistema del gas natural, o sean titulares de centrales térmicas nucleares, centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, plantas de regasificación, o que se desarrollen en los sistemas eléctricos insulares y extra peninsulares, así como las actividades de almacenamiento de gas natural o de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español.*

*2. Deberá comunicarse a la Comisión Nacional de Energía la adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10 por ciento en el capital social o cualquier otro inferior que conceda influencia significativa en sociedades que, por sí o por medio de otras que pertenezcan a su grupo de sociedades, alternativamente:*

*a) Desarrollen las actividades de transporte o distribución de gas natural y energía eléctrica.*

*b) Desarrollen la operación del sistema y del mercado de energía eléctrica y operación del sistema de gas natural.*

*c) Desarrollen las actividades para el suministro de energía eléctrica en los sistemas eléctricos insulares y extra peninsulares.*

*d) Desarrollen la actividad de almacenamiento de gas natural.*

*e) Desarrollen la actividad de transporte de gas natural por medio de gasoductos internacionales que tengan como destino o tránsito el territorio español.*

*f) Sean titulares de centrales térmicas nucleares.*

*g) Sean titulares de centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional.*

*h) Sean titulares de plantas de regasificación.*

*Asimismo, la comunicación se requerirá cuando se adquieran directamente los activos precisos para desarrollar las citadas actividades.*

*Sin perjuicio del registro de participaciones previsto por el ordenamiento jurídico vigente, el adquirente deberá comunicar la titularidad inicial de las participaciones y las alteraciones que en ellas experimente.*

4. Acuerda de la iniciación de los expedientes sancionadores y realiza la instrucción de los mismos cuando sean competencia de la Administración General del Estado.
5. La potestad de determinar su organización y funcionamiento interno, la forma de selección y contratación del personal de la Comisión, en cumplimiento de las normas establecidas al respecto en el ámbito de la Administración General del Estado.
6. Acordar la iniciación de los expedientes sancionadores y autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la característica de reguladas<sup>883</sup>

### **c. Potestad de Supervisión**

En cumplimiento de los mandatos previsto en la Ley 34 de 1998 y de las modificaciones incorporadas a través de la Ley de Economía Sostenible (LES), de 4 de marzo de 2011, esta Comisión debe efectuar un seguimiento permanente y continuado de las actividades realizadas por los agentes participantes en el mercado energético<sup>884</sup>. Para lo cual debe constar si existe la suficiente competencia; en el supuesto de comprobarse la existencia de alguna práctica que afecte la libre competencia, ésta debe ejercer las medidas correspondientes para dar solución a la falla y notificar de esta situación a la Comisión Nacional de Competencia<sup>885</sup>. Como vemos, se va configurando así en todos los sectores que la última palabra en Derecho de la Competencia lo ha de tener la CNC.

---

<sup>883</sup> HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y...* Op. cit. 159.

<sup>884</sup> Ley 34/1998.

*Artículo 3.*

*4. Sin perjuicio de las competencias atribuidas a los diferentes órganos de Defensa de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, además de las funciones establecidas en la legislación vigente y con objeto de garantizar la ausencia de discriminación y un funcionamiento eficaz del mercado, supervisará los siguientes aspectos en el sector del gas natural:*

*a) La gestión y asignación de capacidad de interconexión.*

*b) Mecanismos destinados a solventar la congestión de la capacidad en las redes.*

*c) Tiempo utilizado por los transportistas y distribuidores en efectuar conexiones y reparaciones.*

*d) La adecuada publicación de la información necesaria por parte de los transportistas y distribuidores sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas.*

*e) Separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre actividades de transporte, distribución, almacenamiento y suministro.*

*f) Condiciones de acceso al almacenamiento.*

*g) La medida en que las empresas transportistas y distribuidoras están cumpliendo sus funciones.*

*h) Nivel de transparencia y competencia.*

*i) El cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador, así como la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador.*

<sup>885</sup> *Ibíd.*, 284.

#### **d. Potestades Consultivas y de Propuesta**

Por la que se le permite a la Comisión la presentación de propuestas en los procesos que la misma Ley precisas como lo son: 1) elaboración de disposiciones de carácter general que afecten o incidan directamente a los mercados energéticos; 2) todo lo relacionado con la planificación energética y 3) la elaboración de proyectos cuyo objetivo sea o consista en la determinación de tarifas, peajes y retribución de las actividades energéticas<sup>886</sup>.

#### **e. Potestad en Materia de la Competencia**

Se encarga de verificar si los agentes participantes en el mercado energético actúan conforme a los principios de la libre competencia. Se analizará al final de esta Tesis en relación con el conjunto de elementos que configuran la competencia.

#### **f. Potestad de obtención de información, de investigación y de sanción**

Potestad común a otras agencias reguladoras, su finalidad es que la Comisión<sup>887</sup> pueda recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, de ahí que la Ley la faculta para exigir información. Además como producto de la información suministrada, esta entidad puede efectuar inspecciones con el fin de verificar las condiciones de las instalaciones y de comprobar los comportamientos de los agentes participantes en el sector. El resultado de todas las indagaciones conducirá a la Comisión a iniciar e instruir los expedientes y remitirlo a los diferentes organismos competentes, atendiendo a la gravedad de la infracción<sup>888</sup>.

En lo que corresponde a las potestades de inspección, la Ley le atribuyó a la Comisión, a petición de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, las siguientes funciones:

- i) Las condiciones técnicas de las instalaciones
- ii) El cumplimiento de los requisitos establecidos en los requisitos establecidos en las autorizaciones.

---

<sup>886</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. “Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía... Op. cit. 394.

<sup>887</sup> Ley 34/1998. Artículo 3 Competencias de las autoridades reguladoras 1. Corresponde al Gobierno, en los términos establecidos en la presente Ley:

g) Inspeccionar, en el ámbito de su competencia, el cumplimiento de las condiciones técnicas y, en su caso, económicas, que resulten exigibles.

h) Inspeccionar el cumplimiento del mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de los operadores al por mayor que resulten obligados.

<sup>888</sup> El régimen de infracciones y sanciones se encuentran previstas en el TÍTULO X. Infracciones y sanciones, donde se prevé los Principios Generales, la tipificación de las infracciones muy graves, graves y leves, las sanciones a imponer y el procedimiento previsto para la imposición de las mismas.

iii) Las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas y criterios de remuneración de las actividades energéticas, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida.

Una de las últimas modificaciones introducidas en Real Decreto-Ley 13/2012, por el cual se transponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas, en cuanto a las competencias atribuidas a la Comisión Nacional de la Energía están relacionadas con la posibilidad de imponer sanciones atendiendo a la magnitud de las conductas realizadas y reincidencia de las mismas por parte de los agentes participantes del sector eléctrico<sup>889</sup>, que era uno de los principales reclamos que se hacía por parte de la doctrina, en el sentido de que si existían infracciones tipificadas en la Ley, la misma Comisión podría imponerlas de manera autónoma o de manera compartida atendiendo al parámetro de la gravedad de la infracción<sup>890</sup>.

#### **g. Potestad de asesoramiento**

Esta entidad es un órgano consultivo en materia energética, para lo cual debe preparar los informes al Gobierno cuando los considera pertinente o cuando éste dicte determinadas normas

---

<sup>889</sup> La modificación introducida es la siguiente al régimen sancionador de acuerdo con la transposición realizada de las Directivas comunitarias:

*Dieciséis. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 66 con la siguiente redacción:*

*«3. La Comisión Nacional de Energía, dentro de su ámbito de actuación y de las funciones que tiene encomendadas, podrá imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas eléctricas por las infracciones administrativas tipificadas como muy graves en los párrafos 1, 2, 5, 6 y 7 del artículo 60.a) de la presente Ley, así como por aquellas tipificadas en los párrafos 8, 9 y 10 del citado artículo 60.a), en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias. Asimismo, la Comisión Nacional de Energía tendrá competencia para sancionar la comisión de las infracciones graves a que se hace referencia en el párrafo anterior cuando, por las circunstancias concurrentes, no puedan calificarse de muy graves y, en particular, en el caso de las tipificadas en los párrafos 4 y 5 del artículo 61.a) de la presente Ley, en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias.*

*La Comisión Nacional de Energía tendrá competencia para sancionar aquellas infracciones leves tipificadas en el artículo 62 de la presente Ley, en relación con los incumplimientos de resoluciones jurídicamente vinculantes o requerimientos de la Comisión Nacional de Energía en el ámbito de sus competencias.*

*En cualquier caso la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del gestor de la red de transporte a dicho gestor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo verticalmente integrado a dicha empresa integrada verticalmente, según los casos.»*

<sup>890</sup> HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y...* Op. cit. 168. "En este sentido, consideramos que dentro de las facultades de configuración del sector energético, la potestad de imponer sanciones previamente tipificadas en la Ley, constituye un mecanismo útil de disciplina de los agentes del sector. Así, al no existir impedimento legal de atribución parece conveniente que le sea otorgada esta potestad, de manera similar a la otorgada al Tribunal de Defensa de la Competencia, o se comparta dicha potestad con el Gobierno, dejando en manos de éste sólo las sanciones más graves o de mayor cuantía, tal como es el caso de la Agencia de Protección de Datos, la Comisión Nacional de Mercado de Valores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o el Banco de España."

para el desarrollo del sector. Asimismo elabora informes sobre la planificación energética, las tarifas, las retribuciones o, cuando sea necesario, elaborar dictámenes en los supuestos en que se pretendan dar autorizaciones para nuevas instalaciones<sup>891</sup>.

Vale la pena precisar, que el Gobierno puede apartarse de los informes que esta Comisión realice sin que medie motivación, aspecto cuestionado por lo que parece necesario que se instara al Gobierno justificara las razones porque se aparta de los criterios y recomendaciones dadas por parte del organismo técnico.

#### **h. Potestad de resolución de conflictos**

Una de las potestades que ha sido desarrollada con mayor amplitud<sup>892</sup>, por la importancia que tiene el acceso a las redes y su incidencia para la consolidación de la competencia en el sector energético. Estableciendo las particularidades de esta función, *que es totalmente diferente a la función arbitral* cuya regulación esta prevista en el Reglamento de la Comisión, indicando que los conflictos que serán resueltos por parte de la Comisión no sólo serán los relativos a los contratos de acceso a las redes, sino que también tiene facultad para resolver los conflictos relacionados a la gestión económica y técnica del sistema, todos los aspectos fueron desarrollados en el Real Decreto 1339/1999, por el cual se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía, en su artículo 14<sup>893</sup>. Tal como precisa SERRANO

---

<sup>891</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. Op.cit, 288.

<sup>892</sup> La Ley 40/1994, ya consagraba dicha función, en sus artículos 37 y 41, ambos dedicados al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, precisando que cualquier conflicto que se origine por el no acceso a dichas redes, la Comisión será la encargada de resolver los conflictos que se originen entre los operadores del sector energético:

Artículo 37. Acceso de terceros a la red de transporte.

1. Las instalaciones de transporte podrán ser utilizadas por terceros para los movimientos de energía del sistema independiente, para el tránsito de electricidad por las grandes redes y en los demás casos en los que el acceso de terceros a las mismas sea necesario conforme a lo dispuesto en la presente Ley, siempre que no resulten perjuicios para el servicio público prestado por el sistema integrado.

2. El acceso de terceros a las líneas de transporte se realizará en condiciones transparentes y objetivas para los mismos. La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional resolverá las cuestiones que se planteen en relación con las condiciones de acceso.

Artículo 41. Acceso a las redes de distribución.

1. Las empresas de distribución no podrán negar la utilización de una red a quienes actúen en el sistema independiente y a quienes actúen en el sistema integrado, salvo cuando ello impida el uso de la misma necesario para el cumplimiento de sus obligaciones como distribuidor.

2. El acceso de terceros a las redes de distribución se realizará en condiciones transparentes y objetivas para los mismos. La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional resolverá las cuestiones que se planteen en relación con las condiciones de acceso.

<sup>893</sup> REAL DECRETO 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. (BOE núm. 202, 24 de agosto de 1999) Artículo 14

GONZÁLEZ<sup>894</sup> *la resolución de conflictos como función propia y autónoma de la Comisión, dotándola además de una regulación positiva y pro-activa a favor del que insta el conflicto.*

Lo que no se conocen son Arbitrajes propiamente dichos, ya que estos han de instarse de manera estrictamente voluntaria, contar con un laudo definitivo con valor de cosa juzgada no revisable sino por razones específicas de nulidad y nunca por razones generales y, finalmente, ha de imponerse por el Juez. Nada de esto sucede en esta Comisión, por lo que la solución alternativa de conflictos no es propiamente Arbitraje.

#### **i. Estructura Organizativa**

En cuanto a la estructura inicialmente concebida para entidad, era de carácter colegiado, con un Consejo de Administración, como órgano de gobierno conformado por un Presidente, el cual detentaba la representación legal de la Comisión y la presidencia de los Consejos Consultivos y de los órganos de Asesoramiento y de ocho Consejeros y de ellos uno ejercerá las funciones de Vicepresidente y de un secretario<sup>895</sup>, adscrita al Ministerio de Industria y Energía. También se crean dos tipos de Consejos Consultivos, dedicados al sector eléctrico por un lado y al sector de hidrocarburos por el otro, conformados por los miembros que representaban tanto a la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las compañías de los distintos sectores energéticos, los consumidores y usuarios y otros agentes y organizaciones relacionadas<sup>896</sup>.

La Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011, no solo introduce modificaciones generales al régimen legal de las autoridades reguladores, sino que efectúa modificaciones sustanciales en cuanto a la estructura y atribuciones dadas a las tres Comisiones Reguladores<sup>897</sup>, en el entendido de agrupar bajo una misma denominación de Organismos Reguladores y establecer un catálogo uniforme respecto los motivos para cesar en el cargo por parte de los miembros de la Comisión. Bajo el sistema previsto en la Ley 34/1997, en la que se precisaba dentro de una de los motivos de destitución de los miembros del Consejo de Administración por parte del Gobierno, un previo informe por parte del Ministro, causal que no se encontraba prevista respecto de las otras Comisiones. En el caso particular de la Comisión Nacional de la Energía, estas modificaciones se encuentran consagradas en la Disposición final trigésima tercera, por la cual se modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y su disposición adicional undécima.

---

<sup>894</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *"Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía... Op. cit. 403.*

<sup>895</sup> REAL DECRETO 1204/2006, de 20 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, donde se amplían y modifican las competencias asignadas al Consejo de Administración.

<sup>896</sup> HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y...* Op. cit. 159. *"Las funciones de resolución de conflictos se atribuyen respecto a los contratos de acceso a las redes de transporte o distribución, y en caso de conflictos relacionados con la gestión económica y técnica del sistema."*

<sup>897</sup> Artículos 8 y siguientes de la Ley 2/2011.

La modificación introducida pretende garantizar la plena independencia de este organismo regulador, indicando que es un organismo público, encargado de regular el sector de la energía, compuesto por el sector energético con inclusión del de hidrocarburos (incluye tanto los líquidos como los gaseosos)<sup>898</sup>. En cuanto a su objeto, es el de promover el funcionamiento competitivo del sector energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios y de calidad, en lo que se refiere al suministro de electricidad y gas natural, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

En cuanto a su estructura, funciones y el marco legal para sus actuaciones, se encuentra consagrada en la sección 4ª, del Capítulo II, del Título I de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, denominado Del Personal de los organismos reguladores.

Dentro de los controles, se señala que la Comisión Nacional de la Energía, deberá elaborar y aprobar un presupuesto de carácter anual, que debe responder a las indicaciones dadas por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, para que esta se adecue al mismo y lo remitirá a éste para su elevación al acuerdo del Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado. El presupuesto de la Comisión Nacional de Energía tendrá carácter estimativo y sus variaciones serán autorizadas de acuerdo con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En cuanto a su organización, se prevé debe responder a lo previsto en la sección 3.ª, del capítulo II, del título I de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que señala, que esta entidad debe contar con un Consejo, el cual se compone por el Presidente del organismo y de un Secretario. En cuanto al régimen de incompatibilidades de los integrantes de esta Comisión, son regulados de igual forma en esta sección.

Cabeprecisar que todos los actos y resoluciones que se produzcan por parte de esta Comisión en ejercicio de sus funciones, pueden ser recurridas por vía administrativa, y posteriormente interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora.

---

<sup>898</sup> La naturaleza jurídica y su funcionamiento de esta tipo de entidades esta prevista en los artículos 8.3 y 8.4, en los que se indica:

*3. Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo están sometidos al control parlamentario y judicial.*

*4. Los Organismos Reguladores se regirán por las normas del presente Capítulo, por su legislación específica, en lo que no resulte afectado por la presente Ley, y por sus estatutos, aprobados mediante el correspondiente Real Decreto. En lo no previsto en las anteriores normas, se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y por el resto del ordenamiento jurídico*



Respecto a los controles, se indica que sus actuaciones deben presentar informes al Parlamento como se indica en el artículo 21 de la Ley 2/2011, y las relaciones de cooperación con la Comisión Nacional de la Competencia, conforme a lo previsto en la sección 6ª del capítulo II del título I de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.»

La última reforma en cuanto el régimen de atribuciones y facultades en cabeza de la Comisión viene dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, el cual viene a reforzar el conjunto de atribuciones con las que debe contar la Comisión para el ejercicio eficaz de las funciones que le han sido encomendadas, en cumplimiento de los mandatos previsto en la Directiva<sup>899</sup>, destacándose:

1. Adoptar decisiones vinculantes a las empresas del sector energético;
2. La potestad de realizar investigaciones, con el fin de verificar el debido funcionamiento del mercado, lo que permitirá la adopción de medidas que sean necesarias y proporcionadas para la efectiva competencia en sector.
3. Poder obtener la información necesaria por parte de las empresas, con el fin de ejercer sus funciones, en particular para determinar si es justificado la denegación del acceso a la red
4. La imposición de sanciones, las cuales deben ser proporcionadas y disuasorias para las empresas en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas. Tal se le faculta para que pueda proponer sanciones ante el tribunal competente que imponga estas sanciones (en el caso de aquellos Estados miembros que no reconocen a la Administración Pública potestad sancionadora).

Al elenco de funciones que se suman a las que inicialmente habían sido otorgadas a esta Comisión y las asignadas a algunas dependencias ministeriales, se añade como una garantía para la Comisión Nacional de la Energía, un marco mayor de independencia y autonomía en sus funciones, con el fin de evitar injerencias de las decisiones que se adopten por parte del Gobierno. Tradicionalmente se han consagrado ciertos mecanismos para garantizar la autonomía respecto a cualquier injerencia del sector privado, tales como el régimen de incompatibilidades, entre otros aspectos. Se trata de evitar que se desdibuje el papel preponderante que tiene este tipo de autoridad reguladora en el desarrollo de las políticas

---

<sup>899</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre las Implicaciones Derivadas de la Aprobación de la Nueva Normativa Comunitaria en Materia de Energía y Medioambiente. 22 de julio de 2010. Disponible en: [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne94\\_10.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne94_10.pdf) [en línea] (Consultada 21/08/2012)

energéticas y en el mercado<sup>900</sup>. Quizás hubiese sido necesario introducir nuevas reformas provenientes de la Comisión Europea, quien consideraba necesario que el regulador sectorial en materia energética contara con plena independencia del Gobierno y de los regulados<sup>901</sup>.

Uno de los grandes avances fue la eliminación por parte de la Ley de Economía Sostenible<sup>902</sup> del recurso ante el Ministerio; la LES precisa que las decisiones que sean adoptadas por parte de la Comisión, solamente podrán ser recurridas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, previo agotamiento de la vía administrativa, como sucedía particularmente con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La desaparición del recurso de alzada ante el Gobierno respecto a las decisiones adoptadas en el ejercicio de las funciones de inspección, de resolución de conflictos de acceso de terceros a las redes y de algunas funciones ejecutivas, lo cual era considerado como un mecanismo para sustituir las decisiones adoptadas por la CNE por parte del Gobierno, por lo cual se constituía como un mecanismo que menguaba la independencia,

Y es que dicha Comisión como precisa HERNANDEZ<sup>903</sup>, contaba con un doble nivel de independencia, el primero proveniente del ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas y un segundo grado por el control y discrecionalidad configuradora que tiene dicha entidad sobre el sistema eléctrico y energético en general.

En cuanto a su independencia económica y financiera, las modificaciones introducidas por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social<sup>904</sup>, donde se doto a esta Comisión de la gestión de ciertos tributos, entre ellos la tasa proveniente

---

<sup>900</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *“Diez años de legislación....Op. cit. Pp. 351 Quien precisa. “Por otra parte, no puede olvidarse que si bien es verdad que la autonomía o independencia deber ser fundamentalmente frente a los regulados, no es menos cierto que los Gobierno, todos los Gobierno, pueden tener interese de diverso tipo que pueden ser muy legítimos desde el punto de vista de las funciones del Gobierno, pero que pueden no tener la neutralidad para resolver que debe tener una autoridad reguladora que sólo se debe al marco regulatorio que, eso sí, le hayan puesto las leyes y los reglamentos que en su desarrollo aprueba el Gobierno”.*

<sup>901</sup> DIRECTIVA 2009/72/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. *“La Directiva 2009/73/CE introduce el concepto de separación patrimonial, entendiendo por tal una situación en la que el propietario de la red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro; al tiempo que persigue una mayor armonización de las competencias y el fortalecimiento de la independencia de los reguladores nacionales de energía, como medio para procurar un nivel igualmente efectivo de supervisión reguladora en cada Estado miembro.”*

<sup>902</sup> Artículo 22. *Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores.*

*Los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora.*

<sup>903</sup> HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y... Op. cit. 165. “Así la independencia funcional de la CNE se encuentra bastante disminuida en el caso de las funciones de inspección, de resolución de conflictos de acceso de terceros a las redes y de algunas funciones ejecutivas, ya que si sus actos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, o suponen la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable, cabe recurso de alzada ante el Ministerio de Economía en el plazo de un mes.”.*

<sup>904</sup> Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (B.O.E n° 313 31/12/01)

de la prestación de servicios y realización de actividades de la CNE relacionadas con el sector, lo que permite que la CNE pueda cumplir con las funciones que le han sido encomendadas, al contar con independencia tanto económica como financiera<sup>905</sup>.

#### **j. Autoorganización**

Ahora bien, su independencia autonormativa característica de las Administraciones independientes, se vio menguada tras la promulgación de su Reglamento de la Comisión<sup>906</sup>, en el sentido de que este instrumento precisaba que era necesario contar con un informe previo de los Ministerios de Industria y Energía, de Administraciones Públicas y, de Economía Hacienda. Ello significaba una injerencia del Gobierno y de las Administraciones en el ejercicio normal de las actividades de dicha Comisión, para el desarrollo de lo establecido en Reglamento, a pesar de que las decisiones respecto al mismo corresponderían al Consejo de Administración<sup>907</sup> y de la presencia de los representantes del Gobierno en las sesiones de la Comisión, los cuales a pesar de no contar con voto, podían afectar el desarrollo de las sesiones y de las decisiones que pudieran ser adoptadas en ellas;<sup>908</sup> siendo las principales críticas y cuestionamientos frente a la labor del Regulador en materia energética, lo tradujo posteriormente en la reforma de los organismos reguladores y de los mecanismos para garantizar su independencia.

#### 3.2.3. Comisión Nacional del Sector Postal

La creación de la Comisión Nacional del Sector Postal, se da tras la publicación de la Ley 23 de 2007<sup>909</sup>, indicando en su artículo primero<sup>910</sup> que esta Comisión es la encargada de regular el sector postal, velando por la correcta prestación del servicio postal universal, por la garantía de la libre competencia en el sector en condiciones adecuadas de calidad, eficacia, eficiencia y por

---

<sup>905</sup> HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y...* Op. cit. 163.

<sup>906</sup> REAL DECRETO 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. (BOE núm. 202, 24 de agosto de 1999)

<sup>907</sup> HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y...* Op. cit. 164, quien alude que otro instrumento que limitaba la independencia del regulador era el REAL DECRETO 3487/2000, de 29 de diciembre, “*que condiciona el funcionamiento interno al establecer como trámite previo a la emisión de cualquier informe la consulta al Consejo Consultivo que resulte competente, debiendo tener en consideración el resultado de tales consultas*”.

<sup>908</sup> Ibidem. Pp. 166.

<sup>909</sup> Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.

<sup>910</sup> Artículo 1. Creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.

1. Se crea la Comisión Nacional del Sector Postal como organismo regulador del sector postal, con el objeto de velar por su transparencia y buen funcionamiento y por el cumplimiento de las exigencias de la libre competencia.

2. La Comisión Nacional del Sector Postal se configura como un organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

3. La Comisión es un organismo independiente funcionalmente de la Administración General del Estado, si bien se encuentra adscrito al Ministerio de Fomento a través de la Subsecretaría, que asume el ejercicio de las funciones de coordinación entre la Comisión y el Ministerio.

el pleno respeto de los derechos de los usuarios y de los operadores postales y sus trabajadores<sup>911</sup>. Esta Comisión ha empezado a ejercer funciones conforme a la norma de su creación a partir del 6 de octubre de 2010.

Su creación es un poco tardía, atendiendo desde el año 1998<sup>912</sup> y en cumplimiento a los mandatos comunitarios se expide la Ley 24 de 1998<sup>913</sup>, sobre Regulación del Servicio Postal Universal y Liberalización de los Servicios Postales, la cual fue desarrollada a través de diversos reglamentos que constituyen la regulación de los servicios postales en España. La transposición de la Directiva Comunitaria 97/67/CE<sup>914</sup>, por medio de esta Ley, constituyo en un modelo a seguir, en consideración a la ser una verdadera desregulación ya que se redujo la regulación existente, consagrada en la Ordenanza Postal y el Reglamento de Servicio de

<sup>911</sup> El Preámbulo de la Ley 23 de 2007, señala:

*La creación de la Comisión Nacional como órgano independiente revestido de amplias atribuciones de regulación, implica la reorientación de las funciones de la Administración General del Estado en el sector postal, que habrán de centrarse en el desarrollo normativo y en la ordenación general del sector, así como en la determinación de las obligaciones de servicio público y del contenido y de los parámetros de calidad del servicio postal universal. Todo ello con el fin último de hacer realidad su homogéneo desarrollo en el conjunto del territorio nacional y, de este modo, asegurar las condiciones materiales para garantizar el acceso efectivo de todos los usuarios a la red postal pública.*

<sup>912</sup> BEL I QUERALT, GERMA; CALZADA, JOAN y FAGEDA, XAVIER. “*Liberalización y competencia en España*”. Op.cit. Pp.135. Donde se presenta de forma sistemática y resumida el proceso que se adelantó en la Unión Europea respecto a la liberalización del sector postal y los antecedentes respecto al modelo español, señalando: “*Desde finales de los ochenta, la Comisión Europea lanzó diversas iniciativas para crear un mercado postal único, que culminaron en 1997 con una Directiva que inició un proceso de liberalización gradual del sector. En España, la reforma europea dio lugar a la Ley de 1998 sobre el Servicio Postal Universal y la Liberalización del Servicio Postal. La Ley liberalizó parcialmente el mercado, creó el servicio postal universal y ratificó a Correos y Telégrafos como operador público encargado de proveer el servicio a todo el territorio. También se estableció la liberalización de una amplia área de servicios, pero para preservar el equilibrio financiero de Correos se le concedió el monopolio de las cartas de menos de 350 gramos. A diferencia del resto de la UE, en España el área reservada sólo afectó a la correspondencia interurbana, pues la Ley de Ordenación Postal de 1960 ya había liberalizado completamente el correo urbano.*

*En 2002, una nueva Directiva aumentó la liberalización de los servicios postales en la UE12. Se acordó abrir a la competencia en 2003 el correo por encima de los 100 gramos y tres veces el precio de la carta estándar, y en 2006 el correo de más de 50 gramos y de dos veces y medio ese precio. Finalmente, se estableció que en 2009, y en función de los resultados obtenidos, se abriría totalmente el mercado.*”

<sup>913</sup> Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. (Vigente hasta el 1 de enero de 2011)

<sup>914</sup> CAPITULO 9 Autoridad nacional de reglamentación

Artículo 22.

*Cada Estado miembro designará una o más autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal, jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de los operadores postales.*

*Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades nacionales de reglamentación que hayan designado para realizar las tareas derivadas de la presente Directiva.*

*Las autoridades nacionales de reglamentación tendrán en particular, como misión garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva; asimismo podrán tener como misión garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de competencia en el sector Postal.*

Correos de 1964<sup>915</sup> que respondían a la situación en el que el Estado contaba con el monopolio de la prestación de los servicios de correos. La Ley consagró los derechos y obligaciones de los usuarios y de los operadores, de la posibilidad del ingreso de nuevos operadores para la prestación algunos servicios postales<sup>916</sup>. Pero era cierto, no obstante, que en España, a diferencia de otros países comunitarios, desde 1960 estaba liberalizado el correo urbano, aunque no el interurbano,

En cuanto a la Administración Postal, la Ley 24 de 1998, en el Título Iv. La Administración Postal, para lo cual establece un régimen de competencia en cabeza del Estado<sup>917</sup>, del Gobierno, del Ministerio y de la Subsecretaría de Fomento<sup>918</sup> y Consejo Asesor Postal<sup>919</sup>, precisándose que la posibilidad de contar con un ente independiente<sup>921</sup>, como sucedía en otros

---

<sup>915</sup> VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. *“El Proceso de liberalización de los servicios postales en la Unión Europea”*. Op. cit. Pp. 16.

<sup>916</sup> La Ley 24 / 1998 desarrolla los aspectos que estaban consagrados en la Directiva 97/67/CE, ya que se constituye en un marco que recoge los principios que inspiran este instrumento comunitario, donde se garantizan un conjunto amplio de garantías y derechos a favor de los usuarios y de los operadores, en un ambiente liberalizado, con libertad de concurrencia y donde todos los servicios se prestarán de manera asequible y a unos precios accesibles para los usuarios.

<sup>917</sup> Artículo 36. Competencias del Estado.

<sup>918</sup> Artículo 37. Facultades del Gobierno, del Ministerio y de la Subsecretaría de Fomento.

<sup>919</sup> Artículo 38. Consejo Asesor Postal.

<sup>920</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA. *La Liberalización del Sector Postal...* Op. cit. 158. Los antecedentes de un regulador en materia de postal se encuentran en la LEY 31 /1990 tal como lo precisa la autora en los siguientes términos: *“Esta separación de funciones tuvo sus primeros comienzos con la conversión de Correos en un organismo autónomo por la Ley 31 / 1990, de 28 de diciembre en la que pasa a ser un Organismo con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, y plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines, siendo precisamente regulado por la Administración del Estado, y especialmente, por el Gobierno.*

*Sin embargo, esta separación, esta separación de funciones se vio obstaculizado con la previsión que contenía el art. 16.1 del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, aprobado por el Real Decreto 176/1998, de 18 de febrero, al decir que el Presidente de dicha Entidad sería el Ministro de Fomento, quien podría delegar en el entonces Secretario General de Comunicaciones. Esta previsión fue duramente criticada por el sector privado por entender que con ella no se daba la total independencia del organismo regulador que debe velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva, conceder las autorizaciones generales y las licencias individuales, así como la inspección y sanción. Por ello el Tribunal Supremo lo declaró nulo por contravenir la independencia funcional que exige el art. 22 de la Directiva 97 / 67 / CE.*

<sup>921</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Los mercados de interés general...* Op. cit. Pp. 272. Quien alude de que el sistema acogido inicialmente por el Derecho Español, transgredida los mandatos comunitarios, en el entendido de que el modelo organizacional acogido confluían las funciones tanto las funciones de reglamentación y explotación, de allí que fuera necesario la creación de una autoridad nacional de reglamentación, independiente (tanto orgánicamente, como funcionalmente) para dar alcance a los mandatos comunitarios y garantizar el proceso de liberación en el sector postal, como se indica en la STS de 26 de enero de 2000 *“Importante es este plano organizativo que acabamos de aludir ha sido una significativa STS de 26 de enero de 2000 por la que se declara la nulidad del artículo 16.1 del Estatuto de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos aprobado por Real Decreto 176/1998, de 16 de febrero. El interés de esta sentencia reside en que el fallo de nulidad está fundado en la contravención de la directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que consagra en su artículo 22 la exigencia de una “independencia funcional”. El artículo 16.1 del Estatuto establecía que <<será Presidente de la Entidad el Ministro de Fomento, quien podrá delegar en el Secretario General de Comunicaciones>>. La contraposición con la directiva comunitaria deriva de que el artículo 22.1 de la misma establece: <<cada Estado miembros*

sectores liberalizados, en el sentido de que como precisa MONTERO PASCUAL<sup>922</sup>, de que la Directiva del año 1997, transpuesta al ordenamiento español no exigía la creación de una Comisión independiente y que dependía de la voluntad de los Estados previo análisis determinar si creaban un ente dedicado exclusivamente a regular al sector postal. En el caso español, se prefirió por otorgar la regulación del sector postal al Ministerio de Fomento.

#### **3.2.3.1. Competencia del Estado**

Le correspondía al Estado de acuerdo con esta Ley, ejercer las competencias en materia de servicios postales que se establecen en la presente Ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo<sup>923</sup>.

#### **3.2.3.2. Potestades del Gobierno**

Dispone de dos grandes atribuciones: Elaboración de las previsiones para la ordenación y desarrollo del sector postal y Aprobación del Plan de prestación del servicio postal universal.

#### **3.2.3.3. Ministerio y de la Subsecretaría de Fomento.**

Encargado de la elaboración de la política del desarrollo de desarrollo del servicio postal universal por parte del Gobierno.

Coordinar con el Ministerio de Asuntos Exteriores, las políticas a seguir por las Organizaciones postales internacionales y verificar las relaciones que se mantengan con los organismos y las entidades nacionales, en materia de comunicaciones postales internacionales.

#### **3.2.3.4. Subsecretaría de Fomento**

---

*designará una o más autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de los operadores postales”.*

*La previsión de dicho precepto- señala la STS-obliga a los Estados miembros, como resultado a conseguir, la designación de una o más autoridades nacionales reglamentación para el sector postal; a que la autoridad o autoridades de signadas sean jurídicamente distintas de los operadores postales y a que el régimen jurídico dispuesto en relación con unas y otros posibilite su funcionamiento independiente, de suerte tal que exista una separación real entre las funciones de reglamentación, por una parte, y de explotación de los servicios postales, por otra, y que ningún operador pueda ser juez y parte”.*

<sup>922</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Liberalización de los Servicios*. Op. cit. Pp. 80 y ss.

<sup>923</sup> Constitución Española. Artículo 149. 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

21º. Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación

Adoptar las medidas necesarias en orden a asegurar la prestación del servicio postal universal y garantizar el cumplimiento de las normas que regulan el funcionamiento del mercado postal, al indicarse que:

*Ejercer las funciones de regulación, ordenación, inspección, régimen sancionador, control de calidad de los servicios, resolución de controversias y reclamaciones y gestión de las tasas postales. Estas funciones serán ejercidas por el órgano regulador postal adscrito a la citada Subsecretaría de Fomento*<sup>924</sup>.

### **3.2.3.5. Consejo Asesor Postal.**

Órgano asesor del Gobierno en materia de servicios postales.

En cuanto a sus funciones:

Estudio, deliberación y propuesta en materias relativas a los servicios postales y se ejercerán de oficio o a petición del Gobierno.

Verificar e informar, en todo caso y con carácter previo, sobre la modificación de la cuantía de las tasas y de los precios regulados en la presente Ley.

La estructura adoptada en el modelo español, no respondía al modelo previsto en la Directiva del año 1997, en el entendido de que se contaría con una Autoridad Independiente no sólo de los operadores, sino de las demás autoridades públicas, con independencia tanto de carácter funcional y orgánico. Para el año 1998 se consideraba que era adecuado contar con un sistema descentralizado, Correos y Telégrafos de España, como una entidad autónoma, pero adscrita al Ministerio, cumpliendo, pero no con exactitud, los mandatos previstos de la Directiva en particular lo señalado en artículo 22 sobre las Autoridades Reguladoras<sup>925</sup>, más cuando existía una injerencia directa en la empresa que prestaba los servicios postales por parte de la Nación, Correos, atendiendo a que era el Ministro el que presidía dicha entidad. Lo cual convertía en un verdadero regulador por parte del Gobierno en favor de la empresa estatal frente a cualquier otro operador, criterios que fueron fuertemente cuestionados en el año 2000 por parte del

---

<sup>924</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA. *La Liberalización del Sector Postal...* Op. cit. 150. Quien alude que una de las principales críticas al modelo adoptado, no creaba una Comisión encargada del sector postal, como sucedió en los demás sectores, sobre el particular indica “Sin embargo, no falta quien reclama la reclamación de una Comisión del Mercado Postal o ampliar las de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones- y que se encargarse de las funciones de las que habla la Comisión de la Comunidad Europea, en relación con la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de servicio público de los operadores prestadores del servicio universal; garantizar el acceso abierto a la red postal pública; la concesión de licencias o el control de declaraciones; el control y el respeto de los derechos especiales y exclusivos; velar por que los contratos de prestación de servicios reservados sean totalmente transparentes y que tales servicios se facturen separadamente y se diferencian de los no reservados; y que en nuestro país están atribuidas la mayoría de ellas al órgano regulador, es decir, a la Subsecretaría del Ministerio de Fomento, ya de forma expresa en la Ley 24/1998, desde la Ley 53/2003”.

<sup>925</sup> DOMINGO GUTIERREZ, SARA ELSA. “La liberalización del sector postal: servicio... Op.cit. Pp. 233 y ss.

Tribunal Supremo<sup>926</sup>, respecto al Recurso interpuesto por parte de la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores contra el Decreto 176/1998 de 1996, sobre el particular el Alto Tribunal indicó en su pronunciamiento:

## DÉCIMO

*Lo dispuesto en aquel artículo 16.1, por razón, se repite, de lo que a él adhieren las restantes normas consideradas, determina ciertamente la conculcación de la independencia funcional exigida por el artículo 22 de la Directiva; pues esta independencia queda seriamente comprometida, con riesgo de no ser real, cuando la autoridad nacional de reglamentación, a la que corresponden, y pueden corresponder en buena lógica facultades como las ya señaladas de, entre otras, otorgamiento de los títulos habilitantes para la prestación de los servicios postales, resolución de controversias entre operadores y usuarios y entre los propios operadores, determinación de los daños causados al operador prestador del servicio universal por la actuación de otros operadores, inspección de los servicios postales o aplicación del régimen sancionador en este ámbito, ocupa al mismo tiempo en uno de dichos operadores una posición jurídica que, sintetizando ahora lo que resulta de aquellas otras normas, le faculta para presidirlo y, por razón de esta presidencia, para presidir su Consejo de Administración, dirigiendo sus deliberaciones y tareas, con voto de calidad, pudiendo, además, recibir por delegación competencias de éste, y, en determinados casos, adoptar en unión de otro órgano nombrado a propuesta suya las decisiones reservadas a la competencia de dicho Consejo; que le faculta para decidir en todas aquellas cuestiones no reservadas al Consejo o a ese otro órgano nombrado a propuesta suya; y que le faculta, incluso, para decidir libremente sobre el nombramiento y cese de los miembros del Consejo de Administración. Puede así acontecer, sin duda, que aquella autoridad nacional de reglamentación, al tomar las decisiones que como tal le correspondan, en temas como, por ejemplo, controversias entre operadores, daños causados por éstos al operador que preside, aplicación a éste del régimen sancionador en la materia, etc., resulte influenciada por posturas o acuerdos de este operador a cuya toma o adopción haya contribuido, directa o indirectamente, en el desenvolvimiento de la posición y funciones que ocupa y desempeña en ese operador.*

Como advirtió MENÉNDEZ SEBASTIÁN<sup>927</sup>, el nuevo modelo a pesar de los inconvenientes que podía tener, incorpora y diferencia la ordenación del sector postal y todos y cada uno de los demás aspectos provenientes del servicio universal, al disponer las siguientes atribuciones:

a) ordenación general de los servicios postales aplicable con independencia del operador y de que formen parte o no del servicio universal, el funcionamiento de algunos de los servicios postales, las clasificaciones de los servicios en función de las garantías y de las prestaciones básicas y complementarias, y b) todos los aspectos relativos a la prestación del servicio universal y el prestador de los mismos, estableciendo los parámetros de calidad, la forma como deberían prestarse el servicio y las obligaciones del operador para su prestación.

A pesar del este pronunciamiento donde se reitera de la importancia de contar con una Autoridad Independiente para el Sector Postal con total independencia tanto del Ejecutivo

---

<sup>926</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia de 26 enero 2000 RJ\2000\10108. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/1998. Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez

<sup>927</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA. La Liberalización del Sector Postal... Op. cit. 108 y ss.



como del Legislativo, tal como se encontraba previsto en la Directiva, no se logró erigir dicha Autoridad Independiente. Lo cual motivó que las críticas a la estructura y al modelo regulatorio fueran reiteradas por diferentes sectores, ante la inexistencia de un verdadero Regulador Independiente encargado de la supervisión y control del sector postal<sup>928</sup>.

En el año 2006, se expide el Real Decreto 1298/2006 de 10 de noviembre<sup>929</sup>, por el que se regula el acceso a la red postal pública y se determina el procedimiento de resolución de conflictos entre operadores postales. Este instrumento normativo establece las líneas para garantizar el proceso de liberalización, se establecen los derechos de acceso a la red postal pública, acuerdos de acceso a la red postal pública, condiciones de referencia para el acceso a la red postal pública, resolución en ausencia de acuerdo y la resolución de conflictos entre los operadores postales.

La Ley 23 de 2007 crea la Comisión Nacional del Sector Postal, tal como se indica en el artículo 1º<sup>930</sup> como organismo regulador del sector postal, con el objeto de velar por su transparencia y buen funcionamiento y por el cumplimiento de las exigencias de la libre competencia, con, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los previstos

---

<sup>928</sup> DOMINGO GUTIERREZ, SARA ELSA. “La liberalización del sector postal: servicio... Op.cit. Pp. 235 y ss.

<sup>929</sup> REAL DECRETO 1298/2006 de 10 de noviembre, por el que se regula el acceso a la red postal pública y se determina el procedimiento de resolución de conflictos entre operadores postales.

<sup>930</sup> CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

#### *Artículo 1. Creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.*

*1. Se crea la Comisión Nacional del Sector Postal como organismo regulador del sector postal, con el objeto de velar por su transparencia y buen funcionamiento y por el cumplimiento de las exigencias de la libre competencia.*

*2. La Comisión Nacional del Sector Postal se configura como un organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los previstos en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.*

*3. La relación de la Comisión Nacional del Sector Postal con el Gobierno y la Administración General del Estado, así como su independencia funcional será la prevista en el artículo 9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

*4. El control parlamentario de la Comisión Nacional del Sector Postal será el previsto en el artículo 21 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.*

#### *Artículo 2. Régimen jurídico.*

*La Comisión Nacional del Sector Postal se regirá por lo dispuesto en esta Ley, en sus disposiciones de desarrollo, en la legislación postal y en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.*

*Asimismo, le será de aplicación la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el ejercicio de las funciones públicas que la Ley le asigne y la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con carácter supletorio.*

en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Asimismo, se precisan sus funciones en los artículos 6<sup>931</sup> y 7 correspondientes al Capítulo III, se establece el objeto y funciones<sup>932</sup>, sin olvidar atribuciones dadas a esta Autoridad Ley 43 de 2010<sup>933</sup>, reforzando sus funciones de inspección y vigilancia y el régimen de infracciones y sanciones.

En cuanto al objeto la Comisión velará por la correcta prestación del Servicio Postal Universal, garantizando la libre competencia en el sector en condiciones adecuadas de calidad, eficacia, eficiencia, transparencia, sin interferir con las funciones en materia de competencia radicadas en la Comisión Nacional de Competencia y garantizando el pleno respeto de los derechos de los usuarios y de los operadores postales y sus trabajadores.

El artículo 7 de la Ley 23/2007, consagra el catálogo de funciones del Organismo Regulador, indicando las siguientes:

---

<sup>931</sup> Objeto que fue modificado en la Disposición final trigésima, precisando el alcance del objeto de esta Comisión en los siguientes términos:

*6. La Comisión velará por la correcta prestación del Servicio Postal Universal, por la garantía de la libre competencia en el sector en condiciones adecuadas de calidad, eficacia, eficiencia y por el pleno respeto de los derechos de los usuarios y de los operadores postales y sus trabajadores.*

*Con tal fin, la Comisión preservará y promoverá el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento del sector postal, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia.*

<sup>932</sup> LEY 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

<sup>933</sup> TÍTULO VI. AUTORIDAD NACIONAL DE REGLAMENTACIÓN. Artículo 50. Autoridad Nacional de Reglamentación.

*Artículo 50. Autoridad Nacional de Reglamentación.*

*1. Tendrán la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación Postal:*

*-El Gobierno, en el ejercicio de la potestad reglamentaria.*

*-Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Fomento, conforme a las atribuciones que les confiere la normativa vigente.*

*-La Comisión Nacional del Sector Postal, de acuerdo con su Ley de creación.*

*2. Corresponde al Gobierno la potestad reglamentaria originaria en materia postal, al Ministerio de Fomento la ordenación normativa y ejecución de la política postal y a la Comisión Nacional del Sector Postal la supervisión y regulación del mercado postal, todo ello de acuerdo con su normativa específica y sin perjuicio de las competencias que correspondan a la Comisión de la Unión Europea de acuerdo con la normativa comunitaria.*

*3. Las entidades que suministren a la Autoridad Nacional de Reglamentación documentos, datos, informes o antecedentes podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades ajenas a la Autoridad Nacional de Reglamentación. La Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada, sobre la información que, según la legislación vigente, quede exceptuada del secreto comercial o industrial o la amparada por la confidencialidad.*

- Ejercicio de las competencias que se le atribuyen en la normativa postal y en la de los organismos reguladores.
- Asimismo será responsable de gestionar y controlar la utilización del censo promocional conforme a lo definido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, así como de su aplicación, conforme se determine reglamentariamente.
- La elaboración un informe sobre el desarrollo del mercado postal, que será presentado al Ministerio de Fomento y elevado a las Cortes Generales.
- Expedir resoluciones ya sean generales y especiales, las cuales podrá ser recurridas por vía administrativa y recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
- La Comisión Nacional del Sector Postal deberá presentar, en los términos que así se prevean normativamente, las Memorias, Planes de Actuación e Informes Económicos que, con carácter general, sean requeridos para los Organismos Reguladores.

Si bien estas son las atribuciones genéricas, es necesario precisar algunas funciones como la son las de inspección, vigilancia y sanción, que se encuentran consagradas en la Ley 43/ 2010, en los artículos 52 y siguientes. Vale la pena precisar que el criterio de colaboración con otras entidades como es el caso de la Comisión Nacional de la Competencia, ya había sido reconocido en otros instrumentos normativos, pero dividido a la importancia de esta figura se ve la necesidad de reiterarla en la Ley de Economía Sostenible, como elemento esencial.

### **3.2.3.6. Funciones de la CNSP**

#### **a. Funciones de Inspección y Vigilancia<sup>934</sup>**

La Comisión es la encargada de ejercer las funciones de inspección y vigilancia, respecto a los operadores del sector postal. Para el ejercicio de esta función se deberán realizar indagaciones previas con el fin de determinar si existen indicios suficientes para dar inicio a la investigación.

Esta facultad le permite practicar diversas actuaciones (inspección de instalaciones o de cualquier otro lugar donde puedan existir pruebas relacionadas con la investigación), solicitar documentos necesarios para adelantar las indagaciones e investigaciones correspondientes y requerir bien sea a personas naturales o jurídicas para que suministren información.

---

<sup>934</sup> Artículo 52.

**b. Función Sancionadora**<sup>935</sup>

Una vez comprobada la transgresión del ordenamiento jurídico por persona natural o jurídica, la Comisión seguirá el procedimiento sancionador para la determinación de las sanciones previstas en la Ley 43 y siguiendo los criterios y principios establecidos en el procedimiento administrativo sancionador.

Las sanciones que pueden imponerse son las que responden a las acciones y omisiones tipificadas como tales en la Ley<sup>936</sup>, la cuales se clasifican en muy graves, graves y leves.

Fue la Disposición final trigésima sexta de la Ley 2/2011 (Ley de Economía Sostenible), por la cual se modifica la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal, señalando que esta Comisión es un organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para obrar<sup>937</sup>.

En lo referente a las relaciones entre la Comisión Nacional del Sector Postal con el Gobierno y la Administración General del Estado, así como su independencia funcional serán las previstas en el artículo 9 de la Ley 2/2011<sup>938</sup>, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, donde se indica que dicha Comisión será ajena a cualquier tipo de instrucción o indicación por parte de otra entidad, pero se precisa que puede existir colaboración en el ejercicio de las actividades con otras entidades. Relaciones de cooperación, pues, pero no sometida a coordinación alguna.

En cuanto a su composición, la citada Disposición final señala, que esta Comisión ejercerá sus funciones a través de un Consejo, el cual estará compuesto por un Presidente, que será igualmente el Presidente de la Comisión Nacional del Sector Postal y seis consejeros. El

---

<sup>935</sup> Artículo 54.

<sup>936</sup> Artículo 58.

<sup>937</sup> Disposición final trigésima sexta de la Ley 2/2011 (Ley de Economía Sostenible), donde se indica:

*Uno. Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 1 y se introduce un nuevo apartado 4, que quedan redactados en los siguientes términos:*

*«2. La Comisión Nacional del Sector Postal se configura como un organismo público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los previstos en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible*

<sup>938</sup> Artículo 9. Relación con las entidades públicas y privadas, e independencia funcional.

1. Los Organismos Reguladores actuarán en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial. Las relaciones que, en el ejercicio de sus funciones establezcan con el Gobierno y la Administración General del Estado se desarrollarán a través del titular del Ministerio competente.

2. En el desempeño de las funciones que les asigna su legislación específica, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

3. A los efectos de lo previsto en esta Ley, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se relacionarán con el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; y la Comisión Nacional del Sector Postal se relacionará con el titular del Ministerio de Fomento.

Consejo, a propuesta del Presidente, elegirá un Secretario no Consejero, que tendrá voz pero no voto. La organización de la Comisión y del Consejo, la aprobación y contenido del reglamento de funcionamiento interno, las funciones asignadas al Consejo, al Secretario y al Presidente del organismo, que lo será a su vez del Consejo, la composición del Consejo, nombramiento, mandato, renovación, causas del cese, funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo y del Secretario serán las previstas en la sección 3.<sup>a</sup>, del capítulo II, del título I de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y a las que ya hemos hecho la oportuna referencia, y que se desarrollarán más adelante.

#### 3.2.4. Problemática Constitucional

Los pronunciamientos jurisprudenciales<sup>939</sup> y doctrinales en el derecho español, han analizado la constitucionalidad de este tipo de Administraciones Independientes, el reconocimiento legal de la personalidad jurídica que les ha sido otorgada, el porqué de su creación, la supuesta ausencia de control de sus decisiones por parte del Gobierno y cada una de las potestades asignadas en las leyes de creación de este tipo de entidades independientes, en particular la potestad normativa que ostentan algunas de estas autoridades y el mandato constitucional de control jurisdiccional de los actos que expiden, sin dejar de lado la responsabilidad de estas entidades referente a sus actuaciones y los problemas derivados sobre los cambios regulatorios y su incidencia en la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima en todos sectores regulados.

La problemática radica concretamente en determinar si el ejercicio de funciones cuasijurisdiccionales es ajustado o no la Constitución, toda vez que ésta establece que en los órganos del Poder Judicial radica exclusivamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional<sup>940</sup> y en todo tipo de procesos<sup>941</sup>. Igualmente, se discute si las Administraciones u Órganos independientes son acordes a lo dispuesto por la Constitución, en el entendido de que forman parte del Gobierno, al ser éste quien dirige la política interior y exterior, la administración civil

---

<sup>939</sup> Principalmente se destacan las siguientes sentencias que se constituyen en verdaderos hitos respecto al tema de estudio: Sentencia del Tribunal Constitucional STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ. 3º, MP MENDIZÁBAL ALLENDE, Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 133/1997 del 16 de julio, FJ 7ºb, MP MENDIZÁBAL ALLENDE.

<sup>940</sup> **Artículo 117.**

*3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*

<sup>941</sup> TCE "La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación del Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y las instituciones como el Banco de España" Cita de GARCIA LLOVET, ENRIQUE. "Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho". En VVAA: Revista de Administración Pública. Núm. 131. Mayo – Agosto 1993.

y militar y la defensa del Estado, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97 C.E.)<sup>942</sup>, Como bien indicó TERRÓN SANTOS<sup>943</sup> :

*Visto así, en el art.97 CE, se argumenta que la potestad reglamentaria recae en el Gobierno, haciendo imposible la atribución de potestad reglamentaria a otro tipo de entes que no se encuentren bajo la dirección del mismo. Sin embargo, este apoderamiento gubernamental no comprende una disponibilidad absoluta para el Gobierno. El mismo precepto deja bien claro que tal potestad será ejercitada por el Gobierno de acuerdo con la legislación y con las leyes, consagrando así el principio de neutralidad. A la vista de esta consideración, no existiría ningún impedimento para que a través de una norma de rango de Ley, el Parlamento dotara de potestad reglamentaria a alguno de estos, situación que el propio Tribunal Constitucional para el supuesto concreto del Banco de España ha venido a reconocer el carácter reglamentario de sus circulares, carácter otorgado para el supuesto concreto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la sentencia de la de 21 de octubre de 2001. (sic)*

Sobre el particular, POMED SÁNCHEZ<sup>944</sup>, concluye que si se mantiene el poder de los órganos judiciales de decidir en última instancia, no ve por qué no puedan existir dichos órganos independientes. PARADA<sup>945</sup>, considera que el artículo 97 de la Constitución Española el que “refuerza y clarifica notablemente el papel constitucional del Gobierno que “*dirige la política interior y exterior, la Administración Civil y militar y la defensa del Estado, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*”, esta dirección implica, en principio, la libre designación y remoción de los titulares de los órganos directivos de todas las organizaciones que formalmente integran la Administración Pública, y solamente en ese caso es asimismo posible exigir al Gobierno la responsabilidad política que pueda derivarse de su defectuoso funcionamiento”. A juicio de este autor<sup>946</sup>, las Autoridades Independientes son de dudosa constitucionalidad:

---

<sup>942</sup> MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT. “Los Órganos Autónomos e Independientes”. En: *Revista Civilizar* Nº5. Revista electrónica de difusión científica. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/organos\\_autonomos\\_independientes.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/organos_autonomos_independientes.htm). [en línea]. Consultado el 10/06/2011.

<sup>943</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación*:...Op. cit. Pp. 96

<sup>944</sup> POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. “*Fundamento y...* Op. cit. Pp. 120 y ss.

<sup>945</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II*. Op. cit. Pp. 308 y ss. En igual sentido BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. “*Las Administraciones...*Op. cit. Pp. 186 y ss. Particularmente este autor viene a precisar que la decisión de crear una administración técnica, fuera del control y dirección del Gobierno, lo cual es contrario a la Constitución, sumado a que una administración tecnificada no cuenta con la legitimidad democrática. DESDENTADO DAROCA, EVA: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Tirant lo Branch, 1997, quienes llegan a la conclusión que de la lectura del artículo 97 de la Constitución, alude a la existencia de una Administración Tradicional y no se puede inferir que la Constitución permita la creación y consolidación de este tipo de entidades en el Ordenamiento Jurídico Español y que de acuerdo con la Estructura propuesta en el citado artículo atribuye al Gobierno la facultad de dirigir a la Administración, precisándose bajo la lectura propuesta de un criterio unitario y que dichas entidades solo pueden ser creadas por la previsión constitucional, otra lectura que se haga del artículo implicara una interpretación extensiva de la norma a favor de la creación de este tipo de entidades.

<sup>946</sup> Siguiendo este orden ideas, debemos atender a lo expuesto por MENÉNDEZ, PABLO. Voz “*Administración independiente (Régimen jurídico)*”. En *VVAA: Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas,

*...además de los poderes de dirección del Gobierno sobre toda la Administración hay otra razón para rechazar en el constitucionalismo español la técnica de las Administraciones Independientes: La Constitución española obliga a todas las administraciones a servir con 'objetividad' los intereses generales y a organizar todo el sistema de función pública con arreglo a reglas que garanticen la 'imparcialidad' de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones (art. 103). No cabe, por ello, que unas administraciones sean más objetivas y neutrales que otras por la razón que desempeñan, pues todas deben serlo por igual, y es responsabilidad del Gobierno que se respete esa 'independencia' administrativa constitucionalmente garantizada. Por el contrario, admitir que determinadas funciones o servicios públicos exigen garantías especiales contra el Gobierno, es tanto como aceptar que en el común de ellas la objetividad y la imparcialidad no se respetan, conclusión constitucionalmente inaceptable.*

La doctrina mayoritaria señala, sin embargo, que no existe ningún tipo de inconveniente con respecto a este tipo de autoridades, puesto que, si bien es cierto que ellas gozan de una amplia o aparentemente autonomía o independencia del Gobierno o de las autoridades de las Comunidades Autónomas, sus decisiones no pueden ser jamás arbitrarias e ilegales, motivo por el cual sus actuaciones deben ser controladas por el Poder Judicial sea la Audiencia Nacional – Sala de lo Contencioso Administrativo o por el Tribunal Constitucional. Indica RALLO LOMBARTE<sup>947</sup>, que no se puede realizar una lectura exegética del artículo 97 de la Constitución y de allí deducir la existencia de un *numerus clausus*, de órganos con potestad reglamentaria; eso implicaría que la Administración es estática y no se adecúa a las realidades tanto sociales como económicas existentes y a la particularidad de los sectores que conducen a que el Legislador en un momento dado decida crearlas para garantizar un conjunto de reglas más o menos uniformes en los mercados, que inicialmente el mismo Estado no es capaz de garantizar<sup>948</sup>. Asimismo, indica que el ejercicio de muchas de las atribuciones,

---

1995. Vol. I. Pp. 292-300, señalando que el artículo 97, establece un poder en cabeza del Gobierno, el cual limita el poder atribuido al legislador para la creación de entidades, en particular las entidades independientes que riñen con la estructura general del Estado y los sistemas de control y responsabilidad. La fórmula para compatibilizar dicho modelo responde a controlar de manera limitada el funcionamiento de la entidad a través de los nombramientos de los consejeros y los controles parlamentarios y judiciales, en cuanto a las actividades realizadas por parte de este tipo de entidades, como el control vía judicial de las actuaciones de las comisiones, sin que medie ningún tipo de recurso ante el Gobierno, atendiendo a que no existe ningún tipo de relación de tutela de este respecto a las Comisiones Reguladoras. “Además, el artículo 97 CE al atribuir al Gobierno la potestad de dirección de la Administración Pública, está estableciendo un límite a la libre configuración del legislador ordinario que, en el momento de la creación de estas entidades, podrá modular, pero en ningún caso amputar, el ejercicio de la referida potestad. La posición jurídica de estos organismos se define pues por la tensión que se establece entre, de un lado, las garantías de inmunidad que establece el legislador (garantías que favorecen la autonomía de los mismos frente al control y dirección del Gobierno), y, de otro, la necesidad de preservar la unidad de la acción del Estado”.

<sup>947</sup> RALLO LOMBARTE, ARMETI. *La Constitucionalidad de las Administraciones Independientes*. Tecnos, Madrid, 2002. Quien viene a precisar que las autoridades administrativas independientes cuentan con una potestad reglamentaria derivada, competencia proveniente de la Ley de creación de este tipo de entidades, para lo cual afirma “Si el legislador confiere [a las Administraciones Independientes] una potestad reglamentaria auténticamente independiente, el límite en su ejercicio queda dibujado por el marco legal que las conforma”.

<sup>948</sup> GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho...* Op. cit. Pp. 418 y ss. Vale mencionar la referencia realiza por TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación*: Op. cit. 144 y ss, aludiendo respecto a la potestad normativa “ El art. 97 de la Constitución, ha sido fruto de diferentes estudios y presenta entre la doctrina discrepancias en

particularmente la reglamentaria derivada, la realiza el propio legislador en la ley de creación, por lo que el ejercicio de esta competencia queda sujeto al marco legal que le conforma<sup>949</sup>.

LOPEZ RAMON<sup>950</sup>, precisa que la constitucionalidad de este tipo de entidades no sólo debe responder a las cláusulas generales previstas en los artículo 97 sobre la dirección general de la Administración por parte del Gobierno y la responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento como se precisa en el artículo 108, sino que debe realizarse la lectura de la misma a través de otros instrumentos previstos en la Carta Magna como lo es el sometimiento de la Administración al principio de legalidad consagrado en el artículo 103.1, en el entendido que son las leyes las que pueden delimitar o disminuir la responsabilidad política y por consiguiente pueden órganos o administraciones no sometidas a control y dirección expresa por el Gobierno, resultar beneficiarias de estas potestades, ya que es el mismo Parlamento a través de Leyes, quien define los poderes de dirección que se ejercen sobre este tipo de organismos<sup>951</sup>; poderes que deben ser ejercidos dentro de los parámetros previstos en los instrumentos legales y de conformidad con el grado de responsabilidad respecto del Parlamento.

A juicio de otros autores, esa independencia del Gobierno no puede exceder los límites constitucionales predicados por el artículo 97<sup>952</sup> de la Constitución Española, ya que en el mencionado artículo no se prevé la exclusión de ningún ente administrativo de dirección política de Gobierno y no se precisa ningún tipo excepción a la regla general<sup>953</sup>. Por lo tanto no existe una ruptura total de los vínculos que existen entre este tipo de entidades con el Gobierno

---

*cuanto al término ‘de acuerdo con la Constitución y con las leyes’, entendiendo un sector, que a través del mismo se está constitucionalizando el principio de vinculación negativa de la potestad reglamentaria a la ley, y por tanto se consagra la existencia de una potestad reglamentaria independiente, salvo en el supuesto de aquellas materias para las que la ley haya determinado la necesidad de una reserva de ley explícita. Esta misma postura la ha venido manteniendo tradicionalmente la Jurisprudencia. Tanto el TC como el TS en algunas sentencias, destacando entre ellas la STS de 10 de marzo de 1982, donde se reconoce que cuando la Administración regula una materia no regida por normas legales ni sujeta a reserva legal, no infringe ningún principio de jerarquía normativa y actúa por tanto legítimamente”.*

<sup>949</sup>RALLO LOMBARTE, ARMETI. *La Constitucionalidad...* Op. cit. Pp. 195.

<sup>950</sup>LOPEZ RAMON, FERNANDO. *“El Consejo de Seguridad Nuclear...”* Op.cit. Pp. 192 y ss.

<sup>951</sup>Ibíd. Pp. 193. *“Bajo esta óptica del principio de legalidad en la organización administrativa (art. 103.2 de la Constitución), no parece existir ningún inconveniente para admitir la corrección jurídica de las instituciones y órganos administrativos no sometidos al poder de dirección del Gobierno por voluntad expresa del propio Parlamento manifestada en una ley, o sometidos a un poder de dirección de características especiales establecidas en la Ley, o sometidos a un poder de dirección de características especiales establecidas en una ley. En una propia dicción del artículo 97 de la Constitución el poder gubernamental de dirección de la Administración, como parte de la función ejecutiva, debe ejercerse de acuerdo con las leyes. Leyes que, al definir el alcance del poder de dirección del Gobierno sobre la Administración, pueden, ciertamente, disminuir la responsabilidad política del Gobierno ante el Congreso de los Diputados, aunque es evidente que el ámbito de la responsabilidad política es de libre configuración por los Diputados”.*

<sup>952</sup>GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho...* Op.cit. Pp. 318 y ss.

<sup>953</sup>BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA. *“Las Agencias Independientes...”* Op. cit. Pp. 174. Quien precisa que el legislador no puede eliminar la competencia exclusiva y excluyente que tiene el Gobierno respecto al poder de dirección. Lo que corresponde al legislador al momento de crear este tipo de entidades es morigerar dicho poder pero no desconocer del poder que tiene el Gobierno de dirección, ni tampoco generar una irresponsabilidad absoluta de este tipo de organizaciones



y el Parlamento<sup>954</sup>, lo que se traducen en una *independencia en términos de jerarquía, más no de dirección a cargo del Gobierno*, puesto que sería inaceptable constitucionalmente que unas Autoridades fueran más o menos objetivas que otras y que el Parlamento<sup>955</sup>, como lo señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ RODRIGUEZ<sup>956</sup>, perdiera su función de control. Función la cual se encuentra asignada en la Constitución Española, en su artículo 66.2<sup>957</sup>, asimismo, el artículo 109<sup>958</sup>, faculta a las Cortes a solicitar la información necesaria, para ejercer el control no solo del Gobierno, sino de las Comunidades Autónomas y de *cualquier entidad del Estado*, lo cual permite precisar que las Autoridades Administrativas, se encuentran ancladas dentro del sistema jurídico, y que por consiguiente deben acatar fielmente los mandatos consagrados en la Constitución. De ahí que se cuente con un sistema de controles respecto a

estas entidades y de verificación por parte del Parlamento del cumplimiento de los objetivos y mandatos dados para regular de manera eficiente y efectiva a un determinado sector<sup>959</sup>.

---

<sup>954</sup> GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho...* Op.cit.Pp. 437 y 438.

<sup>955</sup> Con el fin de superar este tipo de controversias y atendiendo a que de la lectura de los pronunciamientos jurisprudenciales la Ley 2/2011. Ley de Economía Sostenible, no solo pretendió unificar a todas las Comisiones reguladoras bajo la denominación de Organismos Reguladores, sino que estableció una serie de mecanismos de control a este tipo de entidades con el fin de que una entidad de carácter democrático como lo el Parlamento pueda verificar y controlar las actuaciones de este tipo de administraciones independientes, como mecanismo de responsabilidad, reiterando que sobre las Comisiones existen controles y responsabilidades respecto a las actuaciones que realicen tal como se señala en el artículo 21 de la mencionado Ley:

*Artículo 21. Control parlamentario.*

*1. Los Presidentes de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia deberán comparecer con periodicidad al menos anual ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro.*

*2. Las comparecencias anuales estarán basadas en las memorias anuales de actividades y los planes de actuación de los Organismos y servirán para el examen anual de los Organismos por parte de la Cortes Generales.*

*3. Sin perjuicio de su comparecencia anual, el Presidente comparecerá ante la Comisión correspondiente del Congreso o del Senado, a petición de las mismas en los términos establecidos en sus respectivos Reglamentos.*

*4. Cada tres años habrá una comparecencia especial para debatir la evaluación de los planes de actuación y los resultados obtenidos por los Organismos.*

<sup>956</sup> Ibidem., Pp. 438.

<sup>957</sup> Artículo 66. Cortes Generales: potestad legislativa y control del Gobierno.

*66.2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.*

<sup>958</sup> Artículo 109.

*Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquellas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas.*

<sup>959</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Regulación...* Pp. 371, que precisa la finalidad de esos dos controles es el Parlamento cuente con la información correspondiente para la imposición de medidas para corregir los fallos de los mercados, ya que las medidas impuestas por el Regulador no cumplieron su finalidad. Sobre el particular señala: aludiendo a los antiguos organismos reguladores *“Las dos vías de control parlamentario a las que me he referido se basan en el suministro de información al Parlamento para*

Por lo cual, es válido concluir que la independencia tan cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, responde al análisis en cuanto a las relaciones de jerarquía frente al mismo Gobierno, quien en suma, será el que responda en general por la Administración Pública y en ella contenida las Autoridades Independientes, por lo predicado por el artículo 97 del CE<sup>961</sup>. Se podría afirmar que la creación de este tipo de entidades, tiene como finalidad la consecución de los principios Constitucionales y de los valores que deben ser satisfechos, y que su independencia y autonomía se constituyen como una garantía para el desarrollo de sus funciones<sup>962</sup>. Por ende, sus decisiones pueden ser controvertidas ante los Tribunales<sup>963</sup>, a pesar de los cuestionamientos que puedan existir sobre las mismas por sus contenidos técnicos, que pueden conducir a la discrecionalidad, por la ausencia de estos conocimientos por parte de los jueces ante los temas objetos de controversias, lo que nos lleva al clásico tema de la discrecionalidad técnica, ampliamente resuelto por la doctrina en general.

Indican CHILLON MEDINA y ESCOBAR ROCA<sup>964</sup> que las funciones que se ejercen por estas Autoridades, responden a criterios diferentes de los gubernamentales. Mientras que el Gobierno tiene reservado la dirección política, no se ve afectado por las competencias de las Comisiones en materia de supervisión. Ppor consiguiente esta competencia no interfiere con el diseño de las políticas generales de cada sector elaboradas por parte del Gobierno. De ahí que

---

*que éste siendo llegar hasta el extremo de proponer cambios legislativos. Ahora bien, la información que pueden suministrar estos organismos está cubierta, a su vez con el deber del secreto. Para compatibilizar este deber la información necesaria para el desarrollo de sus funciones de control, en algunas leyes se contempla que el representante del organismo puede solicitar la comparecencia se lleve a cabo a puerta cerrada, o sea, sin publicidad para salvaguardar el secreto de la información manejada por estas Administraciones (caso del BdE y de la CNMV)”.*

<sup>960</sup> FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMAS RAMON. “La autonomía de los Bancos Centrales”. En VVAA: *Papeles de Economía Española*. N° 43, 1990. Pp. 2-16. Quien alude que debe interpretarse la constitucionalidad de estas administraciones conforme a la situación actual del Estado Constitucional actual. El Estado por consiguiente de actualizarse y reajustarse y por consiguiente buscar un nuevo equilibrio institucional. De allí que puedan surgir entidades especializadas y neutrales cuya creación deviene de la existencia de un valor constitucionalmente relevante justifica su creación, ni tampoco que pueden ser considerados como entes aislados ajenos a los controles tanto del Gobierno y del Parlamento.

<sup>961</sup> MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT. “Los Órganos Autónomos e Independientes”. Op. cit. Pp. 8 y ss.

<sup>962</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*. Op. cit, Pp. 438.

<sup>963</sup> Tal como se encuentra previsto en la Ley 2/2011 en su artículo 22

*Artículo 22. Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores.*

*Los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contenciosa administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora.*

<sup>964</sup> CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión...* Op. cit. Pp. 315 y ss. “Desde la interpretación propuesta del artículo 97 CE y, todo hay que decirlo, desde una cierta concesión a la realidad de las cosas, creemos perfectamente salvarse la adecuación constitucional de la independencia de la Comisión, siempre y cuando dicha independencia no sea interpretada, como a veces se hace desde posiciones extremas, en términos absolutos. Como ha quedado señalado, ni el artículo 97 exige que todos los titulares de órganos administrativos puedan ser discrecionalmente cesados por el Gobierno ni la configuración normativa de la Comisión impide ejercer a aquél la dirección de la política y de ciertas potestades de dirección administrativa”.

se hable de independencia relativa de las Comisiones respecto del Gobierno, que puede sintetizarse en el siguiente cuadro explicativo:

<p><b>INDEPENDENCIA RELATIVA DEL GOBIERNO EN EJERCICIO DE SU PODER DE DIRECCIÓN</b></p>	<p><b>NORMAS QUE JUSTIFICAN LA INDEPENDENCIA DE LA COMISIÓN</b></p>
<p>a) El Gobierno tiene la competencia atribuida para el nombramiento de los Comisionados, los cuales deben reunir los requisitos de capacidad y de prestancia, para ser ratificados por el Parlamento, independientemente que no tenga atribuida la posibilidad de cesar en el cargo de manera discrecional a los consejos que a bien se sirvió designar.</p> <p>b) El Gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria general y de dirección de la Administración se traduce en futuras modificaciones respecto al Estatuto Orgánico de la Comisión, o expedir o bien decreto-leyes, u otros instrumentos como Instrucciones y actos administrativos, la adopción de ciertas normas reglamentarias, que inciden directamente en la actuaciones de cada Comisión o que afecten algunas de las atribuciones.</p> <p>c) Puede determinar es aspectos presupuestales o del mismo funcionamiento de la entidad, en las retribuciones de los Comisionados, o de la aplicación en los controles que se ejercen respecto de este tipo de Comisiones, principalmente en la presentación de informes</p>	<p>1. Art- 103. CE Los servicios que se prestan la Administración deben prestarse en régimen de objetividad con el fin de satisfacer los intereses generales, de ahí que la actividad que se preste debe atender fielmente a los fines previstos y no a intereses particulares, aspecto que justifica la independencia de los reguladores en la consecución de este objetivo<sup>965</sup>.</p> <p>2. La existencia de órganos independientes garantiza la protección de determinados principios y derechos constitucionales y la sustracción de los poderes de dirección del Gobierno y de las luchas partidistas puede contribuir a la consolidación de los mercados, de la defensa de la competencia y de la libertad de empresa, consagrado en el artículo 38 de la Constitución y que es el elemento fundamental por el cual que se han creado estas administraciones independientes desde la perspectiva del Derecho Europeo, así como de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho a recibir información, aspectos que redundan en la necesidad de contar con órganos independientes conforme a la lectura integral de la Constitución<sup>966</sup>.</p>

<sup>965</sup> Ibíd. Pp. 320. Citando a SANTAMARIA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Fundamentos de Derecho administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1988, precisando que la objetividad a la que alude el mencionado artículo tiene como finalidad que la actividad de la Administración sea fiel a interés general y no a otros fines distintos, indicando “que la actividad pública sea fiel a los fines que el ordenamiento atribuye a la potestad concreta que se ejerce, que persiga éstos y no otros distintos” y que “se desarrolle mediante una exacta ponderación de todos los intereses en juego que la Ley ordena proteger en cada caso”. Aspecto que es cuestionado por otro sector de la Doctrina, ente ellos, el de PARADA VAZQUEZ, JUAN RAMÓN. *Las Administraciones*. Op.cit. Pp. 688 y ss, quien alude que una interpretación generalizada de este precepto en pro de la legitimidad de las Administraciones, por lo que cuestiona la labor realizada por parte de otras entidades que al no tener independencia no pueden realizar la tareas en comendadas de manera objetiva y de forma imparcial; por ello, a juicio de este autor que no pueda reconocerse la constitucionalidad de estas entidades dentro del sistema jurídico español.

<sup>966</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones”. En VVAA: *El Derecho Administrativo en el umbral del S. XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Román Martín Mateo* (coord. Francisco Sosa Wagner). Tirant lo branch, Madrid, 1997, de esta misma autora “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. En VVAA: *Revista española de derecho administrativo*, N° 102, 1999. Pp. 229-255.

sobre las actuaciones que ha llevado a cabo la entidad.	
---	--

**Cuadro 20 - Fuente Chillón Medina y Escobar Roca - Creación Propia: Independencia Relativa del Gobierno en Ejercicio de su Poder de Dirección y Normas que Justifican la Independencia de la Comisión.**

Otro de los aspectos cuestionados por parte de la jurisprudencia y la doctrina<sup>967</sup>, responde que muchas de las Circulares que se expiden por parte de estas entidades son verdaderos reglamentos, lo que lleva a preguntarse si la Ley puede otorgar la potestad reglamentaria, atendiendo a que esta es poder asignado de forma originaria al Gobierno para reglamentar y desarrollar las leyes<sup>968</sup>. Y se cuestiona, además, si el reconocimiento de esta potestad no restringe el poder de reglamentación del Ejecutivo, por la asignación meramente legal de esta competencia a cada una de las Comisiones.

Las respuestas a estos interrogantes han generado diferentes posturas, entre ellas la de PAREJO ALFONSO, al señalar que esta atribución implica un “*vaciamiento indebido*” de la potestad atribuida constitucionalmente al Gobierno. Para lograr que estas Comisiones atendidas sus particularidades, cuenten con esta potestad, indica que al ser una potestad reglamentaria de carácter derivada, está sujeta a lo que en la doctrina constitucional se le ha denominado como bloque de constitucionalidad. De ahí que cualquier Reglamento que sea dictado por las Comisiones, pueda ser modificado posteriormente por parte del Gobierno en ejercicio de sus competencias originarias en materia de reglamentación<sup>969</sup>, constituyéndose así en el verdadero límite a sus actuaciones y la forma en precisar que estos organismos hacen parte de un ordenamiento jurídico, donde deben acatar las disposiciones previstas en la Constitución.

En cuanto al segundo interrogante, el tema es un poco más complicado de resolver, en el sentido de dejar sin ningún tipo de potestad en materia reglamentaria al Gobierno, más aun cuando dicha sustracción viene dada por una Ley, omitiendo que dicha potestad está dada por parte de la Constitución. La respuesta a la que se llega es que efectivamente no se puede desconocer la existencia de la potestad atribuida al Gobierno, particularmente como indica MAGIDE HERRERO<sup>970</sup> cuando el poder de dirección otorgado por la Carta, por medio de la cual se desarrolla un marco de carácter general, dentro del cual se enmarca la actuación de las Comisiones mediante la elaboración de normas de carácter técnico.

<sup>967</sup> PAREJO ALONSO, LUCIANO. “*Las potestades normativas de las administraciones...*” Op. cit. Pp. 635 y ss.

<sup>968</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Servicio público y mercado, vol. I Fundamentos*. Civitas, Madrid, 1998.

<sup>969</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades nacionales de reglamentación...* Op. cit. Pp. 163 y ss. “*Partiendo de un reconocimiento de la constitucionalidad de la creación por la Ley de administraciones independientes y de la atribución a las mismas de potestad reglamentaria, así como del deber de respetar una serie de límites para evitar la vulneración de marco constitucional, ningún problema existe en un posible restricción posterior a través de la Ley de la potestad que previamente se le había reconocido a una de estas comisiones. La Constitución en parte alguna prohíbe su ordenación o redistribución entre organismos que integran el Poder Ejecutivo, siendo la atribución de potestad normativas a una comisión independiente una manifestación del reparto de competencias respecto de la potestad reglamentaria.*”

<sup>970</sup> MAGIDE HERRERO, MARIANO. *Límites Constitucionales...* Op. cit. Pp. 441 y ss.

Aspecto que viene a reafirmar MUÑOZ MACHADO<sup>971</sup>, en sentido de afirmar que la Constitución atribuye una serie de competencias las cuales pueden ser distribuidas mediante la Ley, salvo que exista una prohibición por parte de la Carta. Las Leyes de creación de las Comisiones reguladores realizan dicha distribución atendiendo a los límites previstos en materia de reserva de Ley. Su margen de maniobra está dado por los conocimientos técnicos en el sector especializado que se regula; de ahí que se pueda precisar que existe una potestad general atribuida al Gobierno y potestad reglamentaria específica atribuible a las Comisiones. El Ejecutivo, en determinados supuestos, puede en definitiva, regular ciertas cuestiones que inciden directamente con las actividades a regular por tales Comisiones técnicas.

Ahora bien, el reconocimiento jurisprudencial respecto a la atribución a las Comisiones de potestad reglamentaria, indica que tampoco se puede considerar que el Gobierno no pueda reglamentar aspectos asignados a las Comisiones por esta potestad<sup>972</sup>, :Lo que existe es una relación entre las Directrices que da el Gobierno en ejercicio de su poder dirección y la ejecución por parte de estas Comisiones. Son las Comisiones las encargadas de dictar una serie de criterios o directrices, que se consiera poder normativo para cada sector, sea el de telecomunicaciones, energía o sector postal<sup>973</sup>. Pero siempre de carácter subordinado y enmarcado dentro de este bloque de constitucionalidad, al que hay que añadir, desde luego, como fuente de atribución de determinadas potestades, el propio Derecho Europeo.

La conclusión a la que se ha llegado es que una Ley de carácter ordinario no puede negar o desconocer la potestad reglamentaria general del Gobierno<sup>974</sup> cuya finalidad es reglamentar las leyes. Lo cual implica que las Comisiones están sujetas a las disposiciones que dichos Reglamentos incorporen, sus potestades están vinculadas a sector específico que es el que se les encomienda regular (poderes normativos especiales)<sup>975</sup>. Lo cual supone que los reglamentos que emanen de estas Comisiones, están sujetos al bloque de legalidad, siendo reglamentos especializados<sup>976</sup>.

---

<sup>971</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público I. La Formación de las Instituciones Públicas y su Sometimiento al Derecho*. Segunda Edición. Op. cit. Pp. 998.

<sup>972</sup> Esta tesis es defendida por MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Servicio... Op. cit. 288., donde afirma que asumiendo que las comisiones que el modelo adoptado recoge muchos elementos de las comisiones americanas que “ningún obstáculo en un caso concreto y para una regulación especializada, de sector, la aprobación de reglamentos gubernamentales y habilite en cambio, la regulación mediante normas de Comisiones Independientes

<sup>973</sup> HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y Competencia...* Op. cit. Pp. 170 y ss. “No compartimos que las Administraciones independientes españolas, deban tener las mismas potestades normativas que tienen las Independent commissions norteamericanas, pues éstas no se encuentran sometidas a la dirección del Gobierno Federal. Por el contrario, el límite que tienen las Agencias norteamericanas para el ejercicio de su potestad normativa deviene de la delegación de poderes que realice el Congreso, al cual además de atribuírsele amplios poderes de supervisión y control sobre las Agencias, se le atribuyen facultades de control reglamentario (rules review) y de veto legislativo (legislative veto)

<sup>974</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación...* Op. cit. Pp. 164.

<sup>975</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Servicio... Op. cit. 289

<sup>976</sup> TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación...* Op. cit. Pp. 167. “En cualquier caso no podemos obviar los aspectos procesales, de manera que sin la pertinente impugnación y declaración, en sede constitucional, de la invalidez de la atribución legal de esta potestad reglamentaria una

Sumados a los problemas anteriormente mencionados, se deben indicar los inconvenientes que se derivan por los cambios regulatorios que pueden afectar la seguridad jurídica y protección de la confianza legítima en los diferentes sectores regulados<sup>977</sup>. Problemas que han sido anunciados por la doctrina y analizados en diversos pronunciamientos por parte de la jurisprudencia y que pueden derivar en responsabilidades por parte de estas Comisiones. Una de las particularidades de la regulación en los diferentes sectores es que, como producto de los cambios tecnológicos, las nuevas tendencias regulatorias, derivan en una revisión más o menos permanente de la regulación que se dicte, convirtiéndola en dinámica. Lo cual puede alterar de manera significativa la actividad de las empresas, que son las destinatarias de las medidas que se expidan por parte de los Organismos Reguladores y que en definitiva pueden afectar su estrategia empresarial y de inversiones por los cambios abruptos que se puedan dar en un determinado sector. El interrogante que se plantea es si estos cambios, son constitutivos de una irretroactividad<sup>978</sup>, desconociendo así los principios constitucionales consagrados en la Constitución Española en el artículo 9.3<sup>979</sup>, como lo son la seguridad jurídica y la confianza legítima (principio que expresamente no se encuentra en consagrado en la Carta, bajo la denominación confianza legítima, pero es una vertiente de la seguridad jurídica, de allí que se infiera su carácter constitucional), pero que se constituyen en garantías mínimas para toda la colectividad (aparte del hecho de constar en la Ley 30/1992, que es una Ley general y en una amplia jurisprudencia comunitaria y nacional).

Sobre el particular se debe partir que estos dos principios constitucionales no poseen un carácter absoluto, como se ha pretendido ver por parte de los operadores que se ven afectados por parte de los cambios regulatorios. La lectura que se debe realizar es que el Ordenamiento, como la regulación, pueden modificarse y son susceptible de reforma, y no se puede impedir que nuevos elementos sean incorporadas en la misma y que pueda tener una injerencia directa en situaciones jurídicas que continúan vigentes a la entrada en vigor de la nueva regulación a lo

---

*Comisión Reguladora, es un hecho patente que en caso de producirse una eventual norma de rango reglamentario por parte del Gobierno,...*

<sup>977</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “Conferencia: Seguridad jurídica y protección de la confianza legítima en la regulación de los sectores económicos”. En: Cuestiones actuales del Derecho de las Energía: Regulación, Competencia y Control Judicial. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010. Quien precisa en esta ponencia: “Debo decir que cuando vi el tema que se me asignaba, no puede evitar la constatación de que, si bien es un tema apasionante por una parte, por otra, era un tema realmente complejo. Añadiría que este tema está en el centro actual de todas las tormentas y, podríamos decir, de los debates del Derecho público y en especial del Derecho administrativo desde hace ya unos años, si bien en los últimos años se ha agudizado, a pesar de que es en los años 2000 o tal vez un poco antes cuando empiezan a publicarse ensayos y empieza a haber sentencias de los tribunales, fundamentalmente del Supremo, donde se invoca el principio de protección de la confianza legítima, probablemente para acotar un poco el ámbito de esa protección de esta protección de la confianza.”

<sup>978</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “Estudio preliminar”. En: Cuestiones actuales... Op. cit. Pp. 32

y ss.

<sup>979</sup> Artículo 9

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

que se le ha denominado como retroactividad impropia. Lo que se ha precisado por la misma doctrina y la jurisprudencia es que la lectura adecuada que debe hacerse de estos dos principios respecto a los cambios regulatorios es que el regulador prevea escenarios tendentes a morigerar los efectos de sus medidas y que los costes que dicho cambio produzca sean los menores con el fin de no defraudar las expectativas fundadas. De ahí que la mismas medidas indiquen períodos de transición para adopción de dichas medidas por los regulados u otro tipos de medidas, orientadas a mitigar los efectos<sup>980</sup>.

Pero no podemos de dejar de lado los inconvenientes como enuncia DE LA QUADRA-SALCEDO<sup>981</sup> derivados por los comportamientos de los Reguladores que generan confianza en los agentes del mercado y que cuando se dan los cambios que afecten sus condiciones puedan generar un cierto grado resistencia natural. Esas empresas y agentes adoptaron e incorporaron la normatividad vigente a su estructura empresarial, considerando que dicha regulación tenía carácter perdurable, y cuando dichas modificaciones se dan, traen consigo la afectación o delimitación de los derechos y que pueden suponer algún tipo de responsabilidad. Del lado de la Administración, en cuanto no puede restringir la potestad de modificar sus propios actos en los supuestos que estos sean inválidos, nulos y podría revisarlo, anularlo y sacarlo del ordenamiento jurídico<sup>982</sup>, pero solamente para estos supuestos está previsto con carácter general una revisión de oficio. En el resto, existen siempre problemas derivados del riesgo regulatorio, lo que lleva directamente a exigir una muchísima mejor calidad en la redacción de las normas que generen expectativas, siendo muy cuidadosos en empeñar la palabra del Estado y sus Administraciones. Tanto es así que comienza a no resultar infrecuente que en el ámbito internacional, inclusive por vía de puro Arbitraje, los inversores demanden al Estado ante el CIADI o con reglas UNCITRAL precisamente por defraudar sus expectativas

---

<sup>980</sup> Sobre el particular se destacan varias sentencias proferidas por el Tribunal Constitucional donde se precisan al donde se precisan cual es la incidencia que tienen estos principios en la relaciones de la Administración y del Legislador con los operadores

<sup>981</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. *“Conferencia: Seguridad jurídica y protección...”* Op. cit. Pp. 164 y ss., “... Es, por tanto, un tema central en el campo del Derecho Público y es también un tema central en los sectores energéticos – al que específicamente se refiere esta intervención mía - que están sujetos a una disciplina de regulación del propio sector que hace que los sujetos que en el mismos operan dependan, por supuesto, del marco regulador establecido, pero también de decisiones que las Autoridades de reglamentación toman, a su vez, dentro de importantes, a órganos reguladores, sea la Comisión Nacional de Energía, sea el Gobierno, sea el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. La Ley, pues no agota todas las posibilidades de definir las reglas, sino que su concreción y aún su desarrollo y aplicación se remiten a decisiones de las autoridades competentes.

*Por tanto, ante la intervención de estos poderes públicos que acaban finalmente de perfilar el alcance de las obligaciones y derechos que tienen los sujetos en este sector, se puede suscitar el problema de hasta qué punto se puede invocar el principio de confianza legítima frente a actos teóricamente legales – y luego veremos que también incluso ilegales – de estos poderes que, sin embargo, pueden defraudar, pueden lesionar la confianza legítima, manifestación – lo, adelanto un poco – del principio también de seguridad jurídica. Éste es el tema a tratar con sus dos perspectivas, una netamente jurídica y otra netamente empresarial: la influencia que las decisiones de los organismos reguladores tiene en los comportamientos de los sujetos del sistema y en qué medida tales decisiones de los organismos reguladores tiene en los comportamientos de los sujetos del sistema y en qué medida tales decisiones entrañan una responsabilidad de la administración.*

<sup>982</sup> Ibidem. Pp. 166.

legítimas y, digámoslo claro, por entender que la jurisdicción contencioso administrativa nacional supone un fuero en alguna medida privilegiado para el propio Estado y sus Administraciones.

### **3.3. TERCERA ETAPA: LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE (LES) Y SU INCIDENCIA EN LOS ORGANISMOS REGULADORES**

#### **3.3.1. Ley de Economía Sostenible**

La finalidad de la Ley de Economía Sostenible<sup>983</sup>, Ley 2/2011 de 4 de marzo<sup>984</sup>, era la de convertirse en una las piezas más importantes de la Estrategia Económica de España, con alcance estructural, que derivara en importantes cambios, que eran indispensables para incentivar y acelerar el desarrollo de la economía con el fin de ser más competitiva<sup>985</sup>. De ahí que se modifiquen y refuercen los diferentes aspectos de los sectores regulados y sus consecuencias en el ámbito social y como en el sector económico<sup>986987</sup>.

Dicha Ley incorpora un régimen uniforme respecto a los Organismos Reguladores, principalmente en la forma de designación de los miembros que harían parte de las Comisiones y los controles a los cuales estarían sujetos, lo cual redundaría en su independencia orgánica como funcional característica de las Comisiones Reguladoras Independientes. Sin modificar las funciones asignadas tanto a la Comisión Nacional de Competencia CNC y las tres Comisiones existentes a la fecha como lo eran la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones CMT, Comisión Nacional de la Energía CNE y la Comisión Nacional del Sector Postal CNSP, es decir que cada uno continuaba de manera independiente y autónoma el ejercicio de cada una de las competencias previstas en la Ley de su creación y la normativa de desarrollo.

---

<sup>983</sup> Preámbulo de la Ley de Economía Sostenible

<sup>984</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 2011).

<sup>985</sup> Líneas Básicas del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Disponible en: <http://www.larioja.com/apoyos/documentos/anteproyecto-ley-economia-sostenible.pdf>. [En línea]. Consultada 20-06-2011. En dicho documento se indica que el objetivo del ante proyecto de Ley de Economía Sostenible, hoy Ley 2/2011, es abordar desde una triple perspectiva dimensión de la sostenibilidad:

1. Vertiente económica: su finalidad es contar un marco regulatorio de alta calidad.
2. Vertiente Social: Crear incentivos apropiados en el ámbito de la educación, conocimiento e innovación, lo cual derivaría en la mejoras competitivas de la economía.
3. Vertiente ambiental: orientada a la reducción de los niveles de emisión de carbono a la atmósfera y de una gestión responsable de los recursos naturales.

<sup>986</sup> En el programa electoral del año 2008 “*Motivos Para Crecer*”, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), se consideró como un elemento indispensable la mejora del marco regulatorio y la optimización de la intervención administrativa en todos los sectores. Para la consecución de estos objetivos, era necesario garantizar el deslinde de las funciones de gobierno y de regulación, concentrando mayor número de funciones a este tipo de organismos. El nuevo marco que se diera a este tipo de organismos debería garantizar la competencia, la inversión y la innovación, a través de una regulación suficientes flexible y predecible para ofrecer a los participantes en los diferentes mercados (Eléctrico, Telecomunicaciones, Postal, etc.). Disponible en <http://www.psoe.es/ambito/saladeprensa/docs/index.do?action=view&id=176123>. [En línea]. (consultado el 18/03/2012).

<sup>987</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “*Los Organismos Reguladores...*”



Por razones faltas de las explicaciones oportunas, no se abordaba en aquellos momentos, la reforma del resto de los Organismos Reguladores. Una de las justificaciones de la exclusión viene dada porque la Ley solamente se limitó a regular de manera exclusiva a los sectores cuyos servicios estaban basados en infraestructuras de red y algunas modificaciones en cuanto el régimen organizativo de la CNC de alguna importancia (valga aquí esa descripción genérica frente al caótico panorama de la descentralización funcional en nuestro país y que está demandando una clara racionalización). En aquellos organismos o agencias que tienen que ver con los mercados financieros, se entiende la especialidad, pero igualmente cabría decir, en parecidos términos, a la que tienen otros sectores y ramos de la Administración, concretamente la propia Autoridad de Competencia. Porque es el caso que so capa de especialidad de su labor sobre los mercados financieros, la clave de su actuación se encuentra en una huida, una más, del suelo común que representa el Derecho Administrativo común, recreándose, lo que siempre viene sucediendo en todos los ámbitos funcionalmente descentralizados la vieja expresión: que no hay organismo o agencia que se precie que no intente escapar de las normas del Derecho general, inclusive en términos de procedimiento. Y hay que decir que la Jurisprudencia ha estado poco atenta a la recuperación de la norma común, colocando así permanentemente a los administrados que se relacionan con las Autoridades financieras de regulación en una situación cercana a los “*Ordenamientos Sectoriales*” o relaciones de supremacía especial (sin entrar aquí y ahora en la diferencia entre las posiciones alemanas e italianas que a estos efectos coinciden en el tratamiento singular separado del común).

Para tal efecto, una de las principales reformas previstas en la mencionada Ley y que corresponden al programa de gobierno diseñando por el Partido Social Obrero Español (PSOE), era la de mejorar el entorno económico<sup>988</sup>. Era indispensable que las Administraciones Públicas, en ejercicio de las competencias estatales, garantizaran condiciones económicas eficaces y competitivas, reforma que se estructura en el ámbito de las Agencias Reguladores Independientes<sup>989</sup> (denominadas así por el Derecho Comunitario), las cuales se constituyen como los agentes principales para la consecución de la prosperidad del entorno económico, para lo cual se consideró indispensable la modificación del entorno regulatorio y el fortalecimiento de su labor<sup>990</sup>, destacando los siguientes aspectos:

---

<sup>988</sup> ARROYO MARTINEZ, Ignacio. *Ley de Economía Sostenible y Ley Orgánica complementaria*. Editorial Tecnos (Grupo Anaya). Madrid. 2011. Quien considera lo siguiente respecto a la Ley de Economía Sostenible, señalando:

*“La Ley de Economía Sostenible constituye una disposición fundamental para afrontar los retos de la actual crisis económica española. Es una Ley atípica, interdisciplinar y compleja que persigue mejorar el modelo económico mediante tres instrumentos principales: incentivar la competitividad, reforzar el sistema financiero y defender el medio ambiente. El legislador está preocupado con mantener el crecimiento económico pero lo quiere hacer respetando un desarrollo sostenible”*.

<sup>989</sup> El objetivo de esta Ley, es mejorar la calidad del marco regulatorio en algunos de los sectores regulados, es por este motivo, que incorporaran reformas en cuanto a la estructura y al funcionamiento de los organismos reguladores. Precisándose su carácter autónomo y funcional, los mecanismos para la rendición de cuentas, y la incorporación de los procedimientos de consulta pública y de información ante el Parlamento.

<sup>990</sup> El fortalecimiento de la labor de los reguladores sectoriales y de unas mismas condiciones de independencia funcional y de capacitación de independencia funcional y de independencia funcional y de

- *Independencia orgánica:*

- Composición. En su composición colegiada estos organismos deberán contar con un número de suficiente de miembros que asegure una composición equilibrada, con miembros de diferente perfil; así como la capacidad de asumir una creciente carga de trabajo

- Proceso de designación. El carácter técnico de estos órganos hace recomendable que su nombramiento sea llevado a cabo por el Gobierno a propuesta del Ministro competente. Para garantizar la capacidad y la independencia de sus miembros será necesaria una comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso que podrá emitir observaciones sobre los candidatos que van a ser nombrados.

- Mandatos. Para evitar la coincidencia con las legislaturas y para garantizar la continuidad en su funcionamiento los mandatos deben ser de una duración de seis años a partir de renovaciones por tercios cada dos años. Limitación en la renovación a un único mandato.

- Estatuto. Se creará un régimen especial de incompatibilidades para evitar conflictos de intereses. Asimismo se reforzarán las limitaciones con respecto a las actividades y cargos que pueden desempeñar sus miembros una vez concluidos sus respectivos mandatos.

- *Independencia funcional* debe asegurarse su desvinculación de la Administración General del Estado a través de las siguientes medidas:

- Eliminación del recurso de alzada.
- Atribución de potestad de inspección propia y de una capacidad sancionadora suficiente.
- Dotación de medios personales suficientes y profesionalizados,
- Medios materiales y económicos propios suficientes,
- Control parlamentario y
- Transparencia en las actuaciones de los Reguladores

Lo que se traduce en que deberían contar con una mayor independencia, un aumento de los controles por parte del Parlamento y de los Jueces sobre su actuación<sup>991</sup>, así como en la creación de un marco legislativo uniforme y de carácter horizontal para este tipo de organismos; con clara independencia respecto del Gobierno y de los sectores que regulen,

---

capacitación para mejor desarrollo de sus respectivas funciones fueron los aspectos destacados por el Subgrupo de Competencia, Regulación, Gobierno Corporativo Responsabilidad Social de la Empresa.

<sup>991</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “*Los Organismos Reguladores...*Op. cit. Pp. 65.

evitando de esta manera posiciones dispares entre cada entidad, como sucedía principalmente entre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de la Energía<sup>992</sup>, respecto de la Comisión Nacional de la Competencia. Así también sería necesaria la adopción de los Principios de Buena Regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas, como lo son la necesidad, la proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficiencia, destacándose como garantías mínimas para los ciudadanos y los operadores los principios de Transparencia y de Publicidad.

La Buena Regulación o *Better Regulation*<sup>993</sup>, y la incorporación de las herramientas del Análisis Económico del Derecho (AED)<sup>994</sup>, implica que todo proyecto normativo ya sea una Ley, una Resolución o cualquier Norma, cuente con estudios previos donde se justifique la conveniencia de la adopción de las medidas que se pretenden incorporar al régimen jurídico, sustentado en estudios económicos en los que se precise el impacto de las futuras normas, resoluciones en un mediano o corto plazo y de una análisis permanente de la legislación vigente con el fin de determinar si es necesario su modificación o adecuación a los mencionados principios y a la sostenibilidad que pretenden garantizarse a través de esta Ley. En conclusión contar con una regulación proporcionada y adecuada a las necesidades del país<sup>995</sup>.

---

<sup>992</sup> Ibíd. Pp. 77. Quien alude a la disparidad de leyes por las que se crearon diversas Autoridades Administrativas Independientes, la existencia de un marco normativo común para todas ellas, salvo las previsiones legales contenidas en la Disposición Adicional décima de la Ley 6/1997, en la que se determinaba el régimen jurídico se ciertos organismos públicos dotados de independencia. Los mayores inconvenientes estaban dados en razón a la inexistencia de un régimen

<sup>993</sup> Art. 6º. *Adaptación de la regulación vigente a los principios de sostenibilidad y buena regulación.* – 1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y a los objetivos de sostenibilidad recogidos en esta Ley.

...3. Igualmente, las Administraciones Públicas, en el marco del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios, cooperarán para promocionar el análisis económico de la regulación y, en particular, evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas al funcionamiento de los mercados e impulsar iniciativas de reforma en este ámbito. Sobre este aspecto SAURA FRUCTUOSO, CARLOS. “*El Derecho de Buena Administración y el “Due Process” Administrativo Europeo*“. En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. José Eugenio Soriano García (Director), Amós Lorenzana Tenorio y Sandra Milena Ortiz Laverde (Coordinadores). Pp. 317-410.

<sup>994</sup> Art. 5º. *Instrumentos de las Administraciones Públicas para la mejora de la regulación.* Donde se destacan los instrumentos previos de análisis de las iniciativas normativas. La necesidad de la consulta pública de todos y cada uno de los proyectos normativos, precisando su justificación, los principios de buena regulación que en ellos se incorporan, buscando del concurso de todos los agentes en su formación, elaboración y desarrollo. La evaluación permanente de todas y cada una de las medidas adoptadas, con el fin de determinar si han cumplido con su finalidad y establecer nuevos criterios a desarrollar.

<sup>995</sup> BETANCORT, ANDRÉS. “*Mínimos Reguladores, mínima regulación, mínima restricción y mínima distorsión a los mercados*”. Informes. Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Documento 4. Pp. 35-41. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012), quien alude a la importancia de incorporar estos principios a las actuaciones públicas, convirtiéndose en un límite necesario para evitar una regulación desproporcionada y no adecuada a las necesidades existentes de los ciudadanos, operadores y de la misma Administración. “*La Ley 2/2011 también ha pretendido marcar la senda en esta nueva dirección. Aunque sólo regula la mejora de la reglamentación administrativa (puesto que sólo habla de la actividad normativa de las Administraciones), es un primer paso en la dirección correcta. Por un lado, enumera los principios que deberán seguirse en orden al ejercicio de la iniciativa normativa, al proclamar que “el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia”.* En la iniciativa

### 3.3.2. Régimen de los Organismos Reguladores

El Capítulo II, denominado de los **Organismos Reguladores**, en sus artículos 8 a 24, incorporó las principales modificaciones a estas entidades<sup>996</sup>, tales como Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal<sup>997</sup> y Comisión Nacional de Competencia (la cual solamente se le aplica parte del artículo dedicado a los Organismos Reguladores. Dicha decisión fue adoptada ante la negativa de esta Entidad de ser considerada como un Regulador, atendiendo a que sus particulares condiciones y atribuciones dadas en la Ley 15/2007, la excluían del ámbito de aplicación de esta Ley<sup>998</sup>. De allí, que no le sean aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 10, 11, 14 17 y 18, relacionadas con el objeto, organización funciones de su presidente y lo relativo a su personal directivo y no directivo), sin llegarse a precisar del todo por qué no se incluyeron en el texto normativo a los demás reguladores, más allá de la exclusión del Sector Bancario, cuando lo que se pretendía era lograr un régimen jurídico general aplicable a todos los organismos que desempeñan la función de regular a un sector económico específico, como bien precisa BANEGAS, quien indica que muchas de las atribuciones y condicionamientos establecidos en este capítulo no se hicieron extensivos a la Comisión Nacional de Competencia señalando, “ *Y por último, porque tampoco se entiende por qué estos artículos no se aplican a la Comisión Nacional de la Competencia en preceptos tan importantes como la independencia del ente,*

---

*normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios (art. 4.1). Y, por otro, regula los instrumentos para la mejora de la reglamentación: a) el análisis previo de iniciativas normativas para “garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de 41interés general que se pretenda alcanzar”; b) la consulta pública; y c) la evaluación a posteriori de la actuación normativa, “disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación” (art. 5). Por último, la revisión periódica y el seguimiento de la mejora regulatoria (arts. 6 y 7).”.*

Conviene tener en cuenta la reciente legislación la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. (BOE Núm. 274 de 15 noviembre de 2013) complementaria de la anterior Ley de Estabilidad donde dicha racionalidad económica se comienza ya a imponer mediante informes, estudios y opiniones sobre todas las actuaciones que afecten a dicha estabilidad. En una línea coetánea y semejante se encamina el proyecto de Ley de Transparencia, el de Garantía de la Unidad de Mercado, y las anunciadas reformas de la Administración (Informe CORA) quieren llevar a cabo. Falta camino por recorrer pero se está yendo en la buena línea.

<sup>996</sup> BANEGAS NÚÑEZ, JESÚS. *Economía Sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*. Civitas Thomson Reuters. Madrid. 2010.

<sup>997</sup> CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Sesión Ordinaria del Pleno, 28 de enero de 2010. Es necesario precisar que existen una exclusión de todos los órganos que según la doctrina y la Ley 6/ 1997, de 14 de abril, de Organismos y Funcionamiento de la Administración Pública, son considerados como independientes en su razón a su independencia y autonomía funcional. La exclusión de entidades como el Banco de España, la Comisión de Nacional del Mercado de Valores del ámbito de aplicación de la presente Ley, no se encuentra justificada en su totalidad, solo puede concluir que la intención del legislador fue excluir los organismos de carácter financiero, como se precisa en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2011, indicándose que su régimen legal se encuentra previsto desde el ámbito comunitario e internacional. Surge el interrogante si de acuerdo a la evolución de los mercados, habrá lugar a una incorporación de entidades que tengan estas características de independencia e autonomía, como lo indica BANEGAS NÚÑEZ, JESÚS. Op. cit. Pp. 54

<sup>998</sup> BELLO PAREDES, SANTIAGO. A. *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*. La LEY. Madrid. 2011

*estatuto de sus miembros del Consejo, nombramiento, mandato, funciones e incompatibilidades de los mismos, causas de cese en el ejercicio del cargo, publicidad de sus actuaciones y evaluación y cooperación con los Organismos Reguladores*”<sup>999</sup>. Hubiese sido oportuno la inclusión en esta categoría de otros tipo de Organismos que contaban con ciertos rasgos similares a las Comisiones incluidas en este capítulo que posiblemente cuentan con rasgos mayores de independencia y de neutralidad, como sucede con el Consejo de Seguridad Nuclear; por lo que deberían haber sido incluidas la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos o el mismo Consejo de Seguridad Nuclear<sup>1000, 1001</sup>.

El objetivo principal de la reforma<sup>1002</sup>, era el de potenciar la independencia y autonomía de estos organismos del Gobierno y de los agentes intervinientes en el mercado y del resto de entidades o instituciones públicas y privadas<sup>1003</sup>, dotándolos de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, concretándose en la posibilidad de tener un régimen común de estos organismos, que si bien contaban con un reconocimiento de tipo normativo, no permitía ser clasificados y por consiguiente tipificados en una categoría específica dentro de la Administración Pública<sup>1004</sup>; pero si se les reconocía una serie de características, tales como su independencia respecto del Gobierno y de las demás Administraciones Públicas y sus atribuciones para dictar ciertas disposiciones de carácter general aplicables a los sectores que a

---

<sup>999</sup> Ibídem, Pp. 54.

<sup>1000</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, ROSALÍA. *“Los Organismos Reguladores...”* Op. cit. Pp. 8.

<sup>1001</sup> Ibid. Pp. 12.

<sup>1002</sup> ARROYO MARTINEZ, IGNACIO. Óp. cit., Pp. 24. La reforma introduce un régimen común a todos los organismos reguladores, reforzando los principios que rigen su actuación; independencia, frente al Gobierno y al sector; eficiencia, reduciendo el número de consejeros; y transparencia, mediante nuevos mecanismos de rendición de cuentas, más comparecencias ante el Ministro y el Parlamento y elaboración del informe económico sectorial y plan de actuación del organismo.

<sup>1003</sup> Tras la llegada al poder del Partido Socialista Español (PSOE) en el año 2004, durante los primeros 4 años de su legislatura (Programa de Gobierno 2008 *“Motivos para crecer”* 4.5. Organismos Reguladores más independientes y empresas socialmente responsables) Óp. Cit., Pp. 172 y ss., se reforzó la independencia de las autoridades responsables de la política de la competencia, la descentralización de los órganos de regulación y la creación de nuevos reguladores en sectores que no existían como sucedió con la creación de la Comisión Nacional del Sector Postal. Disponible en:

<http://www.psoe.es/ambito/saladeprensa/docs/index.do?action=view&id=176123>. [En línea] (consultado 18/03/2012).

El capítulo dedicado exclusivamente a los organismos reguladores en la Ley de Economía Sostenible responde a los propósitos de introducir una reforma horizontal a todos los organismos reguladores, con el fin de que todos contaran con unas mismas condiciones en cuanto a sus independencia y su capacitación para el desarrollo eficiente y oportuno de las funciones a ellos encomendados, garantizando su independencia orgánica y su independencia funcional, destacándose que era necesario todas su actuaciones fueran públicas y transparentes y del control democrático de las mismas por medio del Parlamento.

*“... - Control parlamentario. Reforzaremos igualmente su control democrático a través de la rendición de cuentas sobre la base de informes anuales, y, sobre todo, debe garantizarse la obligación de comparecer ante las comisiones o demás órganos parlamentario que requieran a sus miembros.*

*-Transparencia de los reguladores. En su actuación, los reguladores respetarán las normas de transparencia y seguirán las reglas de buen gobierno, conforme a estándares internacionales, que les resulten aplicables.”*

<sup>1004</sup> BELLO PAREDES, SANTIAGO. A. Óp. cit., Pp. 38.

bien se sirven regular. Recordemos con VÍRGALA FORURIA<sup>1005</sup>, que las modificaciones al sistema de los Organismos Reguladores, provienen del Derecho Europeo y las exigencias contempladas inicialmente en la Directiva 2009/72/CE, referidas a las normas comunes para el mercado de la electricidad, donde se exigía de una mayor independencia para los Reguladores respecto del poder político; así el modelo incorporado por esta Ley la cual tuvo una corta vigencia pero sí logró cierto carácter expansivo, que se caracterizó por la incorporación de los siguientes aspectos:

- *Función supervisora de los diferentes sectores económicos mediante técnicas de policía administrativa.*
- *Personalidad jurídica propia*
- *Autonomía orgánica y funcional*
- *Colegialidad de sus órganos rectores*
- *Independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado.*
- *Sometimiento del control parlamentario y judicial.*
- *Relación con la Administración General del Estado a través del titular del ministerio correspondiente*<sup>1006</sup>

Sin embargo, vale la pena precisar que bajo esta denominación de “*Organismos Reguladores*”<sup>1007</sup>, solamente se reconocen en esta Ley a las Comisiones preexistentes y relacionadas con concretas actividades económicas (electricidad, telecomunicaciones, sector postal y - con problemas precisamente sobre su carácter regulador - competencia) reconocidas desde la órbita comunitaria, que si bien no cuenta con una Directiva o Reglamento en que se señale qué es un Organismo Regulador<sup>1008</sup> o un régimen legal aplicable a los mismos, sí precisa

---

<sup>1005</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “*Los Organismos Reguladores...*” Op. cit. Pp. 78

<sup>1006</sup> BALADO RUIZ-GALLEGOS, MANUEL. “*Regulación y crisis...*” Op. cit. 47 y ss.

<sup>1007</sup> Artículo 8°. Disposiciones Generales sobre los Organismos Reguladores.

<sup>1008</sup> Ha sido reiterada la preocupación por parte de Derecho Comunitario de contar con Autoridades Nacionales de Regulación (ANR), independientes y que puedan garantizar la consolidación de un mercado comunitario común, tal como se precisa en las DIRECTIVA 2009/140/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que en su Considerando 13 indica la necesidad de reforzar ... “*la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación para garantizar una aplicación más efectiva del marco regulador y para aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones*”.... Asimismo, en la Directiva dedicada al sector energético DIRECTIVA 2009/72/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, se reitera en la importancia de contar con autoridades independientes, imparciales y transparentes, como se indica en su artículo 35.4. donde se señala: “*4. Los Estados miembros garantizarán la independencia de la autoridad reguladora y velarán por que ésta ejerza sus competencias con imparcialidad y transparencia. Con este fin, se asegurarán de que, al desempeñar las funciones reguladoras que le encomienda la presente Directiva y la legislación conexas, la autoridad reguladora:*

- a) *sea jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada;*
- b) *su personal y los encargados de su gestión:*
  - i) *actúen con independencia de cualquier interés comercial, y*

cuales son las características con las que debe contar, como la son su independencia funcional, de vigilar al mercado y de establecer reglas para su óptimo funcionamiento y la posibilidad de contar con un catálogo amplio de atribuciones para el ejercicio de sus funciones<sup>1009</sup>, las cuales deben ser reconocidas y garantizados por los legisladores nacionales en las Leyes de su creación y en las posteriores modificaciones que se incorporen.

La Ley precisa como obligatoria adopción por estas entidades de los **Principios de Buena Regulación**, que se concretan en un desarrollo efectivo de las actividades económicas de los agentes intervinientes, reforzando la capacitación de sus órganos de gobierno y su personal, aumentando de esta manera la transparencia en su funcionamiento y la rendición de cuentas y potenciando la cooperación entre los organismos reguladores, principalmente con la Comisión Nacional de la Competencia<sup>1010</sup> como se precisa en el artículo 9 de la mencionada ley<sup>1011</sup>, aspecto al que haremos referencia posteriormente ( recordando que la LES, no lo reconoce como un Organismo Regulador, como precisa en el artículo 8.2<sup>1012</sup> de esta Ley, en atención a sus labor de promoción y protección de la competencia efectiva en todos los sectores productivos y en todo el territorio nacional) También exige la presentación de informes ante la misma cuando esta última pretenda adoptar decisiones respecto a los operadores, o sobre los

- 
- ii) *no pidan ni acepten instrucciones directas de ningún gobierno ni ninguna otra entidad pública o privada para el desempeño de sus funciones reguladoras. Este requisito se entenderá sin perjuicio de una estrecha cooperación con otros organismos nacionales pertinentes, cuando proceda, ni de las directrices de política general publicadas por el Gobierno que no guarden relación con las funciones reguladoras a que se refiere el artículo 37”.*

SORIANO GARCÍA, JOSE EUGENIO. “El mercado interior del gas...Op. cit. Pp. 1212 y ss.

<sup>1009</sup> BELLO PAREDES, SANTIAGO. A. Óp. cit., Pp. 39.

<sup>1010</sup> Sobre el particular es necesario precisar que en las Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y la evaluación del peso significativo en el mercado regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C163/03), se establece en uno de sus apartados la necesidad de que existiera relaciones de cooperación y ayuda entre el Organismo regulador y la Comisión Nacional de la Competencia, como elemento indispensable para garantizar la efectividad de las medidas y la coherencia de las mismas para el sector regulado.

<sup>1011</sup> Artículo 9. *Relación con las entidades públicas y privadas, e independencia funcional.*

1. Los Organismos Reguladores actuarán en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial. Las relaciones que, en el ejercicio de sus funciones establezcan con el Gobierno y la Administración General del Estado se desarrollarán a través del titular del Ministerio competente.

2. En el desempeño de las funciones que les asigna su legislación específica, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores o de la Comisión Nacional de la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

3. A los efectos de lo previsto en esta Ley, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se relacionarán con el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; y la Comisión Nacional del Sector Postal se relacionará con el titular del Ministerio de Fomento.

<sup>1012</sup> Artículo 8. Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de los Organismos Reguladores. 2. Sin perjuicio de lo anterior, serán de aplicación a la Comisión Nacional de la Competencia, el apartado 2 del artículo 9, los apartados 2, 3, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 12, el artículo 13, los apartados 1, 3 y 4 del artículo 15, el artículo 16, el artículo 19, el apartado 3 del artículo 20, el artículo 21 y el artículo 24 de la presente Ley. El Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, dada su condición de alto cargo de la Administración General del Estado, estará sometido al régimen establecido en el artículo 15.3.

criterios para la definición de los mercados regulados, o la existencia de infracciones al régimen de la competencia, supuestos que se unifican en una sola Ley, atendiendo que en anteriores Directivas, Recomendaciones y Leyes, se hacía referencia a los mecanismos de Cooperación que deberían existir entre las Autoridades Nacionales de Reglamentación y a la Autoridad Nacional de la Competencia<sup>1013</sup>. Asimismo con respecto a las relaciones con el Gobierno, el cual no puede ejercer sobre las mismas ningún tipo de poder político aparente, ya sea éste de instrucción, de vigilancia o de supervisión, poderes que sin embargo ejercita abiertamente con otros organismos que no son independientes (No entramos ahora ni en la técnica de la “captura o secuestro del regulador” ni en las informales relaciones políticas de comisionados con sus respectivos partidos, aspectos que tienen que ser objeto de un análisis profundo y diferente al aquí realizado).

Los Organismos Reguladores a los cuales hace referencia la Ley, deben garantizar con sus decisiones el cumplimiento de las políticas sectoriales, como son la apertura a los mercados, unas condiciones de competencia óptima y una regulación eficiente de cara al mercado.

Las relaciones que se establecen con el Gobierno como bien lo precisa MAGIDE<sup>1014</sup>, no es una relación de jerarquía o de tutela con otros órganos de la Administración del Estado, sino lo que existe es una relación en la que el Gobierno define la política a ser desarrollada por todos los estamentos del Estado y la dirección política general, mientras que el Organismo Regulador se encargara de ejecutar estos mandatos, dentro de un abanico amplio de posibilidades para el ejercicio de las funciones a él encomendadas, lo cual permite garantizar su independencia<sup>1015</sup>. Ello permite diferenciarlos de cualquier Administración, atendiendo al carácter especializado de los asuntos que son de su competencia, ajenos a los intereses partidistas, ya que su finalidad es que el mercado sea neutral y por consiguiente sus actuaciones sean ajenas a la existencia de una relación jerárquica, de tutela o control del Gobierno respecto de este tipo de organismos, lo que viene a implicar que este tipo de Organismos están sujetos a las normas que dicte el Gobierno dentro de sus competencias y a lo previsto en su Ley de creación, pero no a ningún

---

<sup>1013</sup> Uno de los primeros antecedentes donde se considera oportuna la cooperación y colaboración entre los organismos reguladores y las agencias de la competencia, se encuentra en las Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y la evaluación del peso significativo en el mercado regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C163/03), donde se precisa el alcance de la figura y los efectos para el desarrollo eficiente del mercado de las telecomunicaciones en la designación de operadores con Posición Significativa en el mercado.

<sup>1014</sup> MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las...* Pp. 65 y ss.

<sup>1015</sup> CALVO DIAZ, GLORIA. “El mercado de las telecomunicaciones: la experiencia de un proceso liberalizador”. En VVAA: XXX Jornadas de Estudio. *La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Abogacía General del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid. 2009. Pp. 213-220. “la independencia de la entidades reguladoras es justificativa de su propia existencia. Si no somos independientes, la Administración General del Estado basta para cumplir las funciones que se no han atribuido, y esa independencia no lo es solo respecto de nuestros regulados – preocupación típica al otro lado del Atlántico-, es también, en nuestro caso, independencia respecto de quienes previamente no han señalado el marco que debemos administrar. A ellos compete la plena libertad de hacerlo en consideración de todos los elementos coyunturales. A nosotros nos corresponde, en beneficio de la seguridad jurídica, aplica ese marco en sus concretas previsiones y sin más consideración- que baste es. Que el cumplimiento de los objetivos que nos asignan en beneficio, además, de los consumidores finales”.



tipo de directriz o instrucción que pueda afectar las decisiones a ser adoptadas por parte de cada Comisión (lo que se traduce en una independencia en su dos vertientes orgánica como funcional, que se traducen en la imposibilidad por parte del Gobierno de disponer de la composición del órgano y la inexistencia de una relación jerárquica o de tutela, así como la imposibilidad de que el Gobierno pueda emitir instrucciones o directrices de obligado cumplimiento).

Lo que avala la labor de este tipo de entidades es su independencia respecto a la Administración Pública y los agentes participantes en el sector, evitando de esta manera que se consolide su captura por parte de los regulados, lo cual no puede ser garantizado en su totalidad, porque siempre existirá algún tipo de interés ya sea político o de algún regulado, que pueda interferir con dicha labor. Lo que se pretende con la adopción de los Principios de Buena Regulación es lograr un cierto equilibrio en la toma de las decisiones buscando un dialogo permanente y continuado con los agentes participantes en el sector, lo cual se constituye en el mejor instrumento para que los intereses de los operadores y consumidores no primen y por consiguiente no afecten a la regulación.

Es necesario precisar en relación con la definición de independencia, la reiteración que se efectúa en la Ley, respecto a los controles para evitar la captura del regulador por parte de la Administración Pública, particularmente en el régimen de incompatibilidades, que corresponde al régimen de incompatibilidades previstas para el resto de Altos Cargos de la Administración. Pero no se analizan cuáles serían los mecanismos para evitar que exista una captura por parte de los regulados<sup>1016</sup>, más allá de la prohibición de no poder establecer ningún tipo de relación profesional durante dos años una vez el período culmine (intento suave de evitar la denominada “puerta giratoria”). Los únicos mecanismos viables consisten en colocar límites a sus actuaciones, tratando de buscar la imparcialidad en sus decisiones, para lo cual se ha determinado que todos los actos que se expidan deben estar debidamente motivados, evitando discrecionalidades en la toma de las decisiones y un régimen amplio de incompatibilidades antes de la designación como Comisionado y posteriormente a la dejación del cargo<sup>1017</sup>, así como las causas de cese del ejercicio del mismo destacándose como se precisaba en las Leyes Sectoriales, que solo será procedente la separación del cargo por parte del Gobierno, cuando se compruebe que existe un incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento

---

<sup>1016</sup> Ibidem. Pp. 60 y ss. Quien presenta al fenómeno de la “Captura del regulador o Secuestro”, como un elemento latente entre las relaciones entre el regulador y el regulado. La adopción de unas adecuadas medidas, pueden conducir a que factores como las relaciones profesionales, las diversas reuniones, puedan verse reducidas en pro de una buena regulación.

La tesis debe mucho a la magnífica obra de STIGLER, G.J: “*El proceso de regulación económica*” ICE enero 1980, “*The citizen and The State*” (Edited by KurtR. Leube y Thomas Gale Moore). “*The essence of Stigler*” Stanford 1986, *The Regularities of Regulation*”. Londres 1978. “*Memoirs of an Unregulated Economist*” Nueva York 1988.

<sup>1017</sup> El art. 15º 4º, donde se precisa la incompatibilidad del Presidente y de los Consejeros de ejercer actividades profesionales relacionadas con el sector que anteriormente regulaban, ni tampoco de poder vincularse con las empresas del sector. En este caso de los Organismos Reguladores y en caso particular de la Comisión Nacional de la Competencia, tanto el Presidente, como los Consejeros, no podrán ejercer ningún tipo de actividad, relacionada con la Comisión.

de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés, y del deber de reserva<sup>1018</sup>. Pero hubiera sido preciso que en esta Ley se llegara más lejos, tanto con “Códigos de Conducta” como con transparencia en la selección previa, evitando al máximo la politización.

En cuanto a su independencia orgánica, y conforme a los criterios dados por parte de la doctrina, el elemento característico de este tipo de organismos es la potestad que se les otorga de aprobar su propio Reglamento de Organización y funcionamiento, mediante el cual se asegura la independencia, ya que es el propio organismo atendiendo a los problemática imperante en el sector a regular, el que dispone de cómo será su organización, teniendo como límite su Ley de creación y en lo correspondiente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.. Asimismo, si bien este tipo de Organismos no tienen independencia presupuestaria, atendiendo a que el presupuesto de las entidades de carácter público deben ser aprobados por parte de las Cortes Generales, se les faculta la presentación de una propuesta de presupuesto, la cual se elevará ante el Gobierno, para que éste a su vez lo integre a los Presupuestos Generales del Estado; a tal efecto, se establece que la aprobación de la propuesta recaía en el órgano superior Consejo de cada organismo regulador, siendo una competencia intransferible.

Dentro de sus atribuciones, como Órganos Reguladores, está la función de determinar las reglas imperantes en el sector, la efectiva prestación de los servicios, la alta calidad en su prestación en beneficio de los consumidores y usuarios de los mismos, y de las condiciones de competencia, para lo cual debe promover el mayor grado de la misma y la transparencia en el funcionamiento del sector regulado, sin desconocer que la función de defensa de la competencia, se encontraba en la Comisión Nacional de la Competencia<sup>1019</sup>. Para tal objetivo, la Ley les atribuye las siguientes funciones, como elemento indispensable para garantizar el efectivo funcionamiento de cada sector<sup>1020</sup>, las cuales deben ser ejercidas siguiendo los criterios establecidos para la actividad administrativa<sup>1021</sup>:

---

<sup>1018</sup> Art. 16º. Literal f.

<sup>1019</sup> Art. 10. *Del Objeto de los Organismos Reguladores.*

<sup>1020</sup> Las competencias y atribuciones a las Comisiones Reguladoras se encontraban contenidas en la Disposición final trigésima tercera. *Modificación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos*, Disposición final trigésima cuarta. *Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* y Disposición final trigésima quinta. *Modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

<sup>1021</sup> BANEGAS NÚÑEZ, JESÚS. Óp. Cit., Pp. 69. Son cinco los criterios que deben ser tenidos en cuenta por parte de los Organismo Reguladores, para evitar decisiones discrecionales o arbitrarias:

- 1) Todas las normas que se expidan deben ser elaboradas de manera general y abstracto
- 2) Bajo el principio de norma previa, todos los actos, o resoluciones que se expidan deben estar debidamente sustentadas en normas anteriores.
- 3) Existir una vinculación a la decisiones adoptadas anteriormente, lo que no pueden darse alteraciones o modificaciones arbitrarias, sin contar con una debida argumentación que permita concluir porque se adoptan una medidas a diferentes a las que habían sido adoptadas con anterioridad
- 4) Que existe transparencia y continuidad en las reglas establecidas, con el fin de generar la respectiva confianza entre los agentes y la posible previsibilidad de futuras decisiones

- a. Función Normativa<sup>1022</sup>.
- b. Funciones de supervisión,
- c. Funciones de Otorgamiento, Revisión y Revocación de los títulos correspondientes,
- d. Función de Inspección y Sanción
- e. Función de resolución de Conflictos
- f. Función de arbitraje<sup>1023</sup>

### 3.3.3. Estructura Orgánica

La Ley precisó el alcance de los órganos de dirección de los organismos reguladores, en el sentido de establecer quien lo compone y las atribuciones con las que cuentan estos órganos, estableciendo un marco normativo horizontal; de allí que se regulara su composición, sus órganos de dirección<sup>1024</sup>, su personal directivo<sup>1025</sup> y el personal no directivo<sup>1026</sup> y que todos contaran con una estructura igual o semejante<sup>1027</sup>.

En cuanto a la designación de los miembros de los órganos directivos de estos organismos, atendiendo que se acogió la figura de un Consejo del Organismo Regulador, integrado por los Consejeros y el Presidente, (este último ostentaría la presentación legal del Organismo) que confluyen en el Consejo como órgano de carácter colegiado, donde se adoptarán la mayoría de las decisiones de cada Regulador no se llegó a dar ningún paso de especial relevancia; por lo que la propuesta, ya comentada, de disponer al modo de Portugal de una CRESAP, hay que mantenerla como elemento suasorio de intervenciones políticas y de garantía de calidad de los

- 
- 5) La reducción de la discrecionalidad del regulador, para lo cual se hace indispensable no solamente con estudios económicos que sirvan de soporte para la toma de la decisión, de argumentos jurídicos que permitan comprender porque la resolución se expide en un sentido concreto y no en otro.

<sup>1022</sup> Esta es una de las facultades que más inconvenientes ha generado más inconvenientes. Una de las principales características de la regulación en la actualidad es que esta debe ser previsible para los agentes, atendiendo a que ellos son los destinatarios de las medidas que a bien el Organismo Regulador expida. Si bien y como es lógico no puede existir un conjunto de reglas uniformes para la toma de sus decisiones, debe contarse con criterios, reglas o puntos determinantes y no que para cada asunto en particular se determinen diferentes.

<sup>1023</sup> A juicio de BANEGAS NÚÑEZ, JESÚS... Óp. cit., Pp. 63, las tres tareas encomendadas a los reguladores en ejercicio de sus funciones para la consecución de los objetivos previstos en la exposición de motivos son: La creación y defensa de la competencia efectiva en el sector, la solución de competencias entre los agentes que operan en él y la protección y defensa del usuario (consumidor).

<sup>1024</sup> Art.14

<sup>1025</sup> Art 17

<sup>1026</sup> Art. 18

<sup>1027</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. “Comentarios al Artículo 17. Personal directivo. Artículo 18. Personal no directivo. Artículo 19. Obligación de informar y garantías para la actuación.”. En VVAA: Economía Sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES). Director Jesús Banegas Núñez. Civitas Thomson Reuters. Madrid. 2010.

designados<sup>1028</sup> pese a las dificultades de implantarla sin imposición exterior, como ha sucedido en el país vecino.

Se indica en el Art. 13 que los integrantes de cada Órgano Regulador serán nombrados por parte del Gobierno previa comparecencia de las personas que a juicio del Ministro del respectiva ramo cuente con suficiente reconocimiento, prestigio y competencia profesional para desempeñar las funciones establecidas para cada Organismo Regulador (CMT, CNE, CNSP y CNE) Deberán comparecer ante la correspondiente Comisión del Congreso de los Diputados (para constatar las condiciones por parte de los candidatos)<sup>1029</sup>. Vale la pena destacar como se indicó en la Exposición de Motivos de la Ley, la reducción del número de miembros del Consejo a un total de 6 (anteriormente eran 9 Consejeros), como un mecanismo tendente a mejorar la forma de administración de la entidad, señalando: *“se reduce el número de miembros de los Consejos con el fin de mejorar la gobernanza de las instituciones, y se establecen nuevos mecanismos de rendición cuentas, a través de la comparecencia del Ministro proponente y de los candidatos a Presidente y a Consejeros del Organismo Regulador ante el Parlamento y la elaboración de un informe económico sectorial y un plan de actuación del organismo.”*<sup>1030</sup>

El citado artículo también establece el mandato del Presidente y de los Consejeros que nunca podrá ser superior a seis años<sup>1031</sup> conforme a lo dispuesto en la Directiva 2009/72<sup>1032</sup> donde se

---

<sup>1028</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO y BILHIM, JOÃO Cit. Loc. Cit.

<sup>1029</sup> La reforma más importante es la reducción del número de miembros, la prórroga o reelecciones de los directivos y se establece un sistema de renovaciones parciales de los miembros, con el fin de dar continuidad a las actividades designadas a este tipo de entes.

<sup>1030</sup> Este mismo criterio se reproduce en el apartado III del Preámbulo de la Ley de Economía Sostenible dedicado a explicar las modificaciones incorporadas al régimen de las autoridades administrativas independientes.

a) *“El Capítulo II aborda la reforma de los organismos reguladores, introduciendo por primera vez en nuestro ordenamiento un marco horizontal, común a todos ellos, que asume sus características de independencia, frente al Gobierno y frente al sector correspondiente, y su actuación de acuerdo con principios de eficiencia y transparencia. Así, se reduce el número de miembros de los Consejos con el fin de mejorar la gobernanza de las instituciones, y se establecen nuevos mecanismos de rendición de cuentas, a través de la comparecencia del Ministro proponente y de los candidatos a Presidente y a Consejeros del organismo regulador ante el Parlamento y de la elaboración de un informe económico sectorial y un plan de actuación del organismo. La propia Ley determina su ámbito de aplicación a la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional del Sector Postal, declarando aplicables buena parte de sus preceptos a la Comisión Nacional de la Competencia. Quedan por ahora fuera de este marco común los organismos vinculados al ámbito financiero, que deberán adecuarse a las reglas resultantes del proceso de discusión sobre su régimen que actualmente se desarrolla en el ámbito internacional y europeo”.*

<sup>1031</sup> Algunos abogan por contar con períodos un poco más amplios, como una forma para evitar la captura del regulador y de esta manera tener decisiones transparentes, ajenas a intereses partidistas, evitando la reelección de los integrantes de estos cargos.

<sup>1032</sup> DIRECTIVA 2009/72/CE de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, que en su artículo 3.5 alude a que los mandatos de los miembros de la comisión debería ser un mandato fijo entre cinco a siete años y renovable por una sola vez, la formula que finalmente se aprobó fue de un mandato de seis años sin posibilidad de renovación. Asimismo, se incorporo la formula de renovaciones parciales de los consejeros con la finalidad de fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo, a pesar de no haber ser atendida las indicaciones dadas por parte del

indicaba que el mandato debería ser fijo entre cinco y siete años, sin posibilidad de ser reelegido<sup>1033</sup>, buscando una renovación de los miembros de estos organismos, pero garantizando con un período fijo que no coincide con el establecido con el ciclo político, lo que redundaba en su independencia, neutralidad y el ejercicio oportuno de las funciones atribuidas, amparado dentro de un catálogo de los motivos de cesar en su cargo, como una forma de inmovilidad.

#### 3.3.4. Incompatibilidades y Prohibiciones

Tanto al Presidente como a los Consejos, se les exigía una dedicación absoluta a su función, quedando sometidos al régimen de incompatibilidades establecido para los Altos Cargos de la Administración General del Estado, previsto en la Ley 5/2006<sup>1034</sup>. Como prohibición se consagró que tanto el Presidente y los Consejos del Organismo Regulador no podrán ejercer actividad profesional privada relacionada con el sector regulado ni con empresas del sector o en el caso de la Comisión Nacional de la Competencia en la actividad realizada por la Comisión.

#### 3.3.5. Cese en el Ejercicio del Cargo

El artículo 16 de esta Ley, establece todos y cada uno de los supuestos de cese en el ejercicio de las funciones que han sido asignadas. Dentro del listado de los motivos de cese, se encuentran las tradicionales como lo son, la renuncia o la expiración del mandato. Hay otro tipo de motivos en las que es el Gobierno el encargado decidir el cese atendiendo a unos supuestos tasados, siendo estas la incapacidad permanente, la incompatibilidad sobrevenida y la condena por delito doloso. Asimismo, se señala como una causa excepcional la separación que puede ser acordada por el Gobierno, cuando se verifique ha existido un incumplimiento grave e injustificado del cargo, o se ha evidenciado un conflicto de intereses<sup>1035</sup>, lo cual deja cierto margen de discrecionalidad al Gobierno para a través de tales motivos, lograr que pueda producirse el cese<sup>1036</sup>, con independencia del régimen sancionador aplicable y siempre con

---

Consejo de estado sobre este particular, en el sentido de precisar que un segundo mandato daría una mayor estabilidad y continuidad al Consejo de cada Organismo Regulador.

<sup>1033</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. *“Los Organismos Reguladores...”* Op. cit. Pp. 91. *“En relación con la duración del mandato, el artículo 13.2 LES mantiene al elemento positivo ya existente [mandato de seis años, con renovación parcial <<para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo>>] y corrige el negativo (una posibilidad de reelección).”*

<sup>1034</sup> LEY 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. (BOE Núm. 86 de 11/04/ 2006)

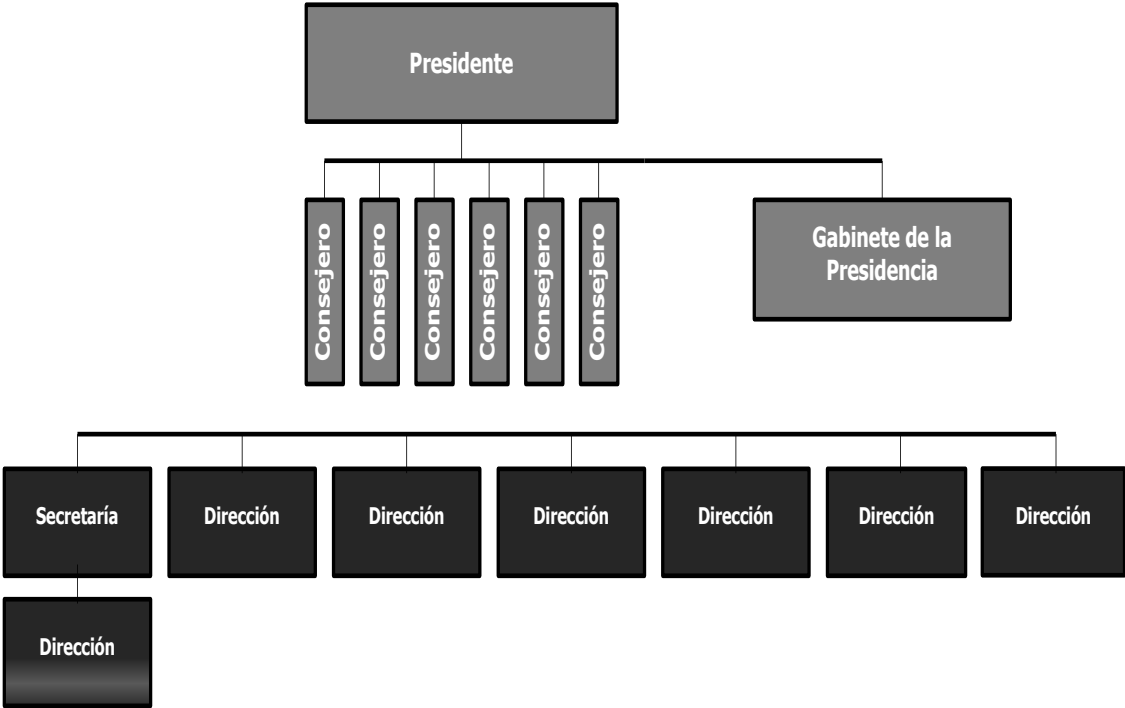
<sup>1035</sup> La reforma más importante es la reducción del número de miembros, la prórroga o reelecciones de los directivos y se establece un sistema de renovaciones parciales de los miembros, con el fin de dar continuidad a las actividades designadas a este tipo de entes.

<sup>1036</sup> Particularmente sobre esta última causal de cese existen posturas contrarias, en el sentido de que un sector de la doctrina considera que es una causal propia a favor del Gobierno y diferenciada del resto y por consiguiente con un amplio margen de discrecionalidad para su ejercicio, otro sector considera que esta causal, solamente puede ser ejercida efectuando una lectura de las causales previstas y su ejercicio deviene exclusivamente a los supuestos previstos en la Ley, de no ser así el Gobierno podría cesar a los miembros de

previa instrucción del expediente por parte del Ministro Competente<sup>1037</sup>. La inclusión de unas causas tasas en cuanto al cese de los miembros directivos de los Organismos, reforzó aún más la independencia.

Veamos gráficamente el modelo LES y el que tenía la CNC.

Estructura de los Organismos Reguladores prevista en la Ley de Economía Sostenible  
(CMT, CNE y CNSP)

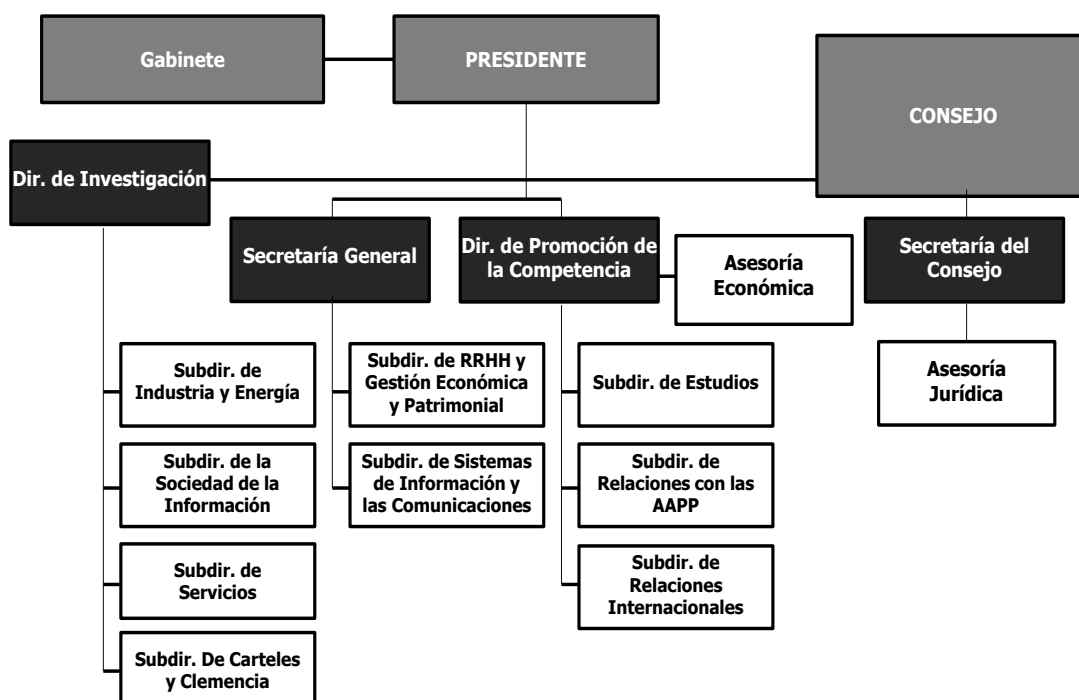


**Cuadro 21 - Fuente Ley de Economía Sostenible: Estructura de los Organismos Reguladores Prevista en la Ley de Economía Sostenible (CMT, CNE y CNSP)**

las Comisiones por incumplimientos en los deberes del cargo, de allí que sea hacer una lectura restrictiva de la causal, de allí que el Gobierno tenga determinar si efectivamente el incumplimiento es de tal magnitud para que se proceda al cese.

<sup>1037</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “Los Organismos Reguladores...Op. cit. Pp. 92.

### Estructura de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)<sup>1038</sup>



**Cuadro 22 - Fuente Comisión Nacional de la Competencia: Estructura de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).**

#### 3.3.6. Transparencia y responsabilidad de los Organismos Reguladores

A efectos de aumentar la transparencia en las actuaciones realizadas por parte de los Organismos Reguladores, se incorporó un artículo en el que se establecía la publicidad de las disposiciones, acuerdos e informes que dicten en aplicación de las leyes que los regulan, estableciendo como límite todos los aspectos de confidencialidad a que tienen derecho las empresas<sup>1039</sup>.

<sup>1038</sup> Vale la pena precisar que algunos de los artículos previstos en la Les, no son aplicables a CNC, sumado que tampoco modifica el art 19.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (BOE número 159 de 4/07/2007), donde se indica. Artículo 19. Naturaleza y régimen jurídico. 1. La Comisión Nacional de la Competencia es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad. La Comisión Nacional de la Competencia actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico

<sup>1039</sup> El artículo 20 de la citada Ley estableció un listado actuaciones que deberían ser publicadas, destacándose la organización y funciones del Organismo, la relación de los acuerdos adoptados, el plan de actuación de la

Atendiendo a los inconvenientes generados respecto al control de las actuaciones de este tipo de entes, la Ley precisa en su artículo 21 el Control Parlamentario<sup>1040</sup>, indicando que de manera periódica, los Presidentes de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia, deberán comparecer ante la Comisión respectiva del Congreso de los Diputados, con el fin de presentar el alcance de su labor y los proyectos a desarrollar en un futuro, siendo en realidad, un examen de las actividades encomendadas a estas entidades<sup>1041</sup>. Asimismo, en el mencionado artículo en su apartado 4, se indica que cada tres años, habrá una comparecencia especial, con el fin de debatir los planes de actuación y los resultados obtenidos por estos organismos, lo que indica que si bien existe una independencia por parte de estas entidades en el ejercicio de sus funciones, el Control del parlamento bajo esta ley se acentúa en aras de garantizar que las medidas regulatorias aplicadas para ser más eficiente el mercado y las relaciones que se den entre los agentes participantes en el mismo se hagan efectivas. Es, pues, una valoración de las medidas adoptadas en un mediano y largo plazo, con una visión prospectiva respecto a las mismas, por parte de las Cortes Generales<sup>1042</sup>.

Tomando en cuenta los diversos pronunciamientos proferidos desde el ámbito jurisprudencial y doctrinal<sup>1043</sup>, recuérdese el alcance de la impugnación de las decisiones adoptadas por parte de

---

entidad, las reuniones del Organismo Regulador con empresas del sector, con la CNC y con otros organismo reguladores, entre otros.

<sup>1040</sup> Artículo 21. *Control parlamentario*.

1. Los Presidentes de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia deberán comparecer con periodicidad al menos anual ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro.

2. Las comparecencias anuales estarán basadas en las memorias anuales de actividades y los planes de actuación de los Organismos y servirán para el examen anual de los Organismos por parte de la Cortes Generales.

3. Sin perjuicio de su comparecencia anual, el Presidente comparecerá ante la Comisión correspondiente del Congreso o del Senado, a petición de las mismas en los términos establecidos en sus respectivos Reglamentos.

4. Cada tres años habrá una comparecencia especial para debatir la evaluación de los planes de actuación y los resultados obtenidos por los Organismos.

<sup>1041</sup> ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS. *“Comentarios a los artículos 20. Publicidad de las actuaciones de los organismos, 21 Control parlamentario y 22 Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores”*. En VVAA: Economía Sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES). Director Jesús Banegas Núñez. Civitas Thomson Reuters. Madrid. 2010.

<sup>1042</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ-EUGENIO. *“El mercado interior del gas...”* Op. cit. Pp. 1212. Quien indica como uno de los criterios para contar una buena regulación, que se ven reflejados en la Ley de Economía Sostenible, señalando:

*...La contrapartida es la responsabilidad y en el plano político debe ser precisamente el Parlamento, y no solamente el Gobierno, quien fiscalice tal actuación de los técnicos y en general de los designados para cargos. El pluralismo político resulta, al final, fundamental para lograr el objetivo público de conseguir una buena regulación, al introducir aire fresco y no endogamia en el control. Vencer la “falsa arrogancia” de fundamentalistas que explican la realidad en función de la ideología, parece hoy un deber metodológico de todo académico.*

*Y esto puede lograrse a través de una regulación de calidad, que elimine regulaciones obsoletas, y distinga nítidamente entre regulación e intervención, porque la ironía de la historia consiste en que ante una falta de regulación adecuada lo que la sustituye es una brutal intervención corregidora de tales vacíos.”*

<sup>1043</sup> MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales...* Op.cit. Pp. 89 y RALLO LOMBARTE, A. *La Constitucionalidad de las Autoridades...* Op. cit. Pp. 257 y ss. Quienes desde diversas ópticas analizaron la



tales organismos, las cuales podrán ser recurridas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, precisándose que este tipo de entidades se encuentran sometidas a la Constitución de acuerdo a lo consagrado en el artículo 97 de CE y a los criterios previstos en la Ley de su creación<sup>1044</sup>. Lo cual redundaría en la independencia de este tipo de Organismos, atendiendo a que la revisión en sede judicial de las decisiones de los Organismos Reguladores, permiten que sean los jueces los que determinen cuáles son los límites de este tipo de entidades y cuáles son las competencias que efectivamente desempeñan<sup>1045</sup>. El inconveniente, en cuanto a los pronunciamientos judiciales, es que existe cierta discrecionalidad tanto técnica como económica, en atención a las particularidades de los sectores a regular y de las herramientas provenientes del análisis económico donde se determinan los aspectos tendientes a determinar el impacto de estas decisiones en el mercado. De ahí que la interpretación que se haga por parte de los Jueces gozará de la misma discrecionalidad en cuanto a su interpretación<sup>1046</sup>, lo cual puede conducir a que muchas disposiciones dictadas por los Organismos Reguladores, a juicio de los Tribunales afecten los intereses particulares, desconociendo sin embargo los procedimientos y documentos que sirvieron de soporte para su formulación; más aun cuando las medidas tienen una clara orientación económica.<sup>1047</sup>

Una de las particularidades más importantes de la reforma, es la incorporación de los criterios de Transparencia y Responsabilidad Social de los Organismos Reguladores, como una forma de buscar el concurso de los ciudadanos en el proceso regulatorio, en aplicación de los Principios de Buena Regulación, precisándose que es indispensable que todas y cada una de las actuaciones que se realicen por parte de estos organismos sean publicadas (enumerando un listado más o menos exhaustivo de las actuaciones que deben de hacerse públicas<sup>1048</sup>), preservando la

---

problemática planteada con la creación de este tipo de instituciones y las particularidades y su reconocimiento el ordenamiento jurídico español, principalmente en lo correspondiente al sistema de controles que podrían ser ejercidos bien por el Parlamento o bien por el Ejecutivo, aspectos que son clarificados por parte de la Ley, en considerar a este tipo de autoridades como independientes, precisar el alcance de las funciones a su cargo y los controles a los cuales están sujetos, sajando en gran medida los inconvenientes que dieron lugar a diverso pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

<sup>1044</sup> Artículo 22. *Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores.*

Los actos y resoluciones del Organismo Regulador dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora.

<sup>1045</sup> CALVO DIAZ, GLORIA. *“El mercado de las telecomunicaciones...”* Op.cit. Pp. 215.

<sup>1046</sup> ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS. Óp. Cit. Pp. 92 y ss.

<sup>1047</sup> Sobre el particular, es muy oportuna la propuesta que menciona ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS. Ibídem. Pp. 92., quien sugieran la creación de una Sala del Tribunal Supremo, encargada de resolver los recursos interpuestos ante las decisiones adoptadas por este tipo de organismos, sobre el particular señalan:

*...Por ello, pienso que ha llegado el momento de pensar en la creación de una Sala especial del Tribunal Supremo (o una Sección especializada, dentro de la Sala 3ª) o de la Audiencia Nacional con competencia especial en materias económica, capaz de juzgar las decisiones gubernamentales en este campo, no para sustituir al gobierno legítimo de la nación- el gobierno de los jueces es siempre peor que el gobierno de los políticos-sino para valorar la adecuación a Derecho de sus decisiones y las consecuencias, a veces inicuas, que de aquellas se derivan.*

<sup>1048</sup> Tras haber sido aprobado la LES, los postulados previstos en el artículo 20 no fueron alcanzados y el modelo propuesto de hacer públicas las actuaciones no ha funcionado o en algunos aspectos ha funcionado, lo que permite concluir que las actuaciones por parte de algunos entes no son lo suficientemente transparentes de

confidencialidad de la información suministrada por las empresas<sup>1049</sup>, con el fin de los agentes participantes pueden ejercer un control previo de las decisiones que se van adoptar, puedan sugerir modificaciones a los documentos sujetos a consulta pública y surgiendo la obligación por parte del Órgano Regulador de dar respuesta a los mismos; documento que debe publicarse de manera conjunto con la Resolución que se adopte sobre una materia en particular, tal como lo indica ARIÑO ORTIZ<sup>1050</sup>, citando a DE LA CUÉTARA, quien afirma lo siguiente respecto a la Transparencia de las actuaciones de los Organismos Reguladores:.

*En realidad, lo que hace este diálogo es replicar, para la regulación la dialéctica seguida ante los Tribunales de Justicia. Ello es debido a que ante las mismas necesidades surgen similares soluciones. Tanto los reguladores como los jueces tienen que basar sus decisiones en hechos y razonamientos contrastables, lo que significa que tales hechos y razonamientos tienen que incorporarse a un debate formal quedar debida constancia en algún tipo de registro, y poder ser reexaminados si alguien así lo exige. En palabras de un clásico manual norteamericano de regulación, el de Alan Stone, la toma de decisiones regulatorias requiere lo siguiente:*

*“Toda decisión de una agencia reguladora debe aportar las razones para la acción que incorpora. En decisiones específicas que afecten a empresas individuales, o destinadas a la emisión de nuevas regulaciones, la Agencia está obligada, igual que los Tribunales, a mostrar porqué sus mandatos concretos resultan apropiados para conseguir los resultados que le impone la ley. Debe ponderar tanto el camino emprendido para su acción como otros previstos y rechazados, y mostrar por qué el primero es una vía razonable de cumplimiento de sus fines estatutarios. Los reguladores deben actuar así no sólo por su adhesión a la máxima proclamada más arriba (el imperio de la ley) sino también porque de otro modo los Tribunales, al revisar su actuación, la declararán nula y sin efecto. (Traducido del original en inglés: STONE. <<Regulation and its alternatives>>, Congressional Quarterly Inc., reimpresión 1982, pg. 201)*

Por lo tanto, en el ejercicio de su actividad los organismos reguladores no pueden sustraerse de los requisitos previstos para el ejercicio de la actividad administrativa, como lo indica BANEGAS NÚÑEZ<sup>1051</sup>:

---

cara a la opinión pública, tal como lo indica BETANCORT, ANDRÉS. “*Mínimos Reguladores...* Op. cit. Pp. 37-38.

<sup>1049</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “1. Fundamentos e instrumentos... Op. cit. Pp. 184. Donde precisa bajo el título “D) La transparencia o claridad en el procedimiento de actuación y adopción de decisiones”, cual es la finalidad de este elemento como un instrumento de comunicación entre las agencias reguladoras y los destinatarios de estas medidas. En este epígrafe se realiza un análisis pormenorizado de la figura, la cual se incorpora en los Estados Unidos en el año de 1966 por medio de la Freedom of Information Act. Asimismo se indica por el citado autor que a través de varios instrumentos normativos de índole comunitaria como el Libro Verde sobre *La iniciativa europea a favor de la transparencia*, del año 2006, donde considera como indispensable para garantizar la transparencia y el acceso de los ciudadanos a los procesos que se están adelantando por parte de la Administración.

En la legislación española, este principio se encuentra consagrado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, si bien con la nueva regulación prevista en la Ley de Transparencia, podrán conseguirse mejoras notables en este aspecto

<sup>1050</sup> ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS... Pp. 88. Citando a J.M. De La Cuétara, “*Sobre el diálogo regulatorio*”, edic. mecanografiada, págs. 13-14.

<sup>1051</sup> BANEGAS NÚÑEZ, JESÚS. Op. cit. Pp. 69. Tal como se encuentra dispuesto en las disposiciones adicionales de esta Ley, donde se modificación el cuadro de atribuciones otorgadas las Comisiones en sus

*1) Toda regulación debe ser elaborada con carácter general, objetivo y global, como es propio de toda norma; 2) principio de la norma previa: todo acto o resolución singular debe estar, en lo posible, previsto en su contenido en una norma anterior (ya hemos dicho que ello siempre puede ser así); 3) no se deben admitir dispensas ni tratamientos singulares (inderogabilidad singular de las normas) ni alteración arbitraria y ocasional de las soluciones dadas con anterioridad (vinculación al precedente); 4) es importante insistir en la necesidad de transparencia y estabilidad en las reglas en un modelo de regulación para la competencia; que exista seguridad jurídica en cuanto a su aplicación y que las conductas produzcan efectos previsibles; y 5) es igualmente importante reducir en lo posible, en la forma que se ha dicho, la discrecionalidad del regulador en las decisiones concretas.*

Se impone la necesidad de la presentación de Memorias anuales, donde se efectúe una descripción generalizada de todas y cada una de las actividades realizadas por los Organismos Reguladores, a lo que se le ha denominado como Rendición de Cuentas<sup>10521053</sup>, así como la presentación de un Informe económico sectorial, en que el que se presentará la situación del sector, indicando la evolución del mismo, los planes a seguir con el fin lograr consolidar un mercado más competitivo<sup>1054</sup>. Memoria que no debe ser una simple descripción, sino incluso una auténtica explicación, incluyendo la doctrina aplicada, si ha habido cambios sustanciales en ellas y cómo ha afectado al derecho singular e individual de quien lo sufre, e inclusive, disponer de un verdadero Proyecto que vaya más allá de mirar al pasado e incluya líneas – guía, orientaciones, que permitan ir acomodándose al plan trazado por el organismo.

Uno de los elementos más novedosos, se constituye en una verdadera novedad, es la inclusión de la comparecencia por lo menos anual de los Presidentes de los Organismos Reguladores, con el fin de que este precisara y expusiera las líneas básicas de actuación, planes y prioridades para el futuro. Es una forma de vincular al organismo y de publicitar ante el mercado el camino que se va a seguir.

---

respectivas leyes de creación: Disposición final vigésima novena. Modificación de la Ley 34/1997, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos; Disposición final trigésima tercera. Modificación de la Ley 34/197, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos; Disposición final trigésima cuarta. Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; Disposición final trigésima quinta. Modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y Disposición trigésima sexta. Modificación de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal;

<sup>1052</sup> ARIÑO Y ASOCIADOS, ABOGADOS... Pp. 89

<sup>1053</sup> VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “*Los Organismos Reguladores...* Op. cit. Pp. 100...” “*Los OR estaban obligados a remitir informes anuales a las Cortes directamente o por medio del Gobierno. En cuanto a su obligación de comparecer ante las Comisiones parlamentarias solo estaba previsto para la CNC (art. 28.2 LDC), aunque nada lo impedía para el resto de Reguladores ni tampoco que un diputado recabara datos, informes o documentos de un OR (art. 7 RDC).*

<sup>1054</sup> BETANCORT, ANDRÉS. “*Mínimos Reguladores...* Op. cit. Pp. 38. Quien hace referencia que la rendición de cuentas ante el Congreso de los Diputados, es una obligación exclusiva del Presidente de la Comisión, pero la Ley no es muy acertada en su redacción ya que no se puede distinguir si este tipo de comparecencias son iguales o similares a las comparecencias anuales, en las que se realizaran unas valoraciones de acuerdo con las actividades realizadas por la entidad o una revisión anual del Plan de actuaciones de la Comisión, las cuales serán evaluados por parte de las Cortes cada tres años.

Todos estos mecanismos, sumado al Informe que se debe presentar cada tres años, se constituyen en los nuevos mecanismos de control previstos por parte del Parlamento, con el fin de poder tener una relación directa con los Organismos Reguladores, lo que permite concluir, que la Ley de Economía Sostenible incorporó un sistema de control dirigido desde el Parlamento; un sistema por medio del cual se busca que las Comisiones ofrezcan, como indica ARIÑO<sup>1055</sup> “ *la rendición de cuentas al Legislativo que es la vía de reintegración de las Comisiones independientes a la unidad del Estado, con sujeción de las mismas al poder político legítimamente elegido, pero sin interferencias en las decisiones concretas de ejecución de la ley*”, el cual determinará cuál ha sido el impacto de las decisiones adoptadas por este tipo de organismos, el grado de cumplimiento de sus decisiones, tal como se indica en la sección 5ª de la Transparencia y la responsabilidad social de los organismos reguladores, en sus artículo 20<sup>1056</sup> y artículo 21 de la citada Ley.

---

<sup>1055</sup> BETANCORT, ANDRÉS. “*Mínimos Reguladores...*” *Ibidem*. Pp. 89

<sup>1056</sup> Artículo 20. *Publicidad de las actuaciones de los Organismos Reguladores.*

1. *El Organismo Regulador hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que los regulan, preservando, en todo caso, aquellos aspectos que afecten a la confidencialidad a la que tienen derecho las empresas, y, en particular:*

a) *La organización y funciones del Organismo Regulador, incluyendo los curriculum vitae de los miembros del Consejo.*

b) *Relación de los acuerdos adoptados en las reuniones del Consejo.*

c) *Los informes en que se basan las decisiones del Consejo.*

d) *La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por el Organismo, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.*

e) *El informe económico sectorial, de carácter anual, en el que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector. En este informe se incluirán las observaciones y sugerencias del Organismo Regulador sobre la evolución del mercado, así como sus propuestas de reforma regulatoria, destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector. El informe se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.*

f) *El plan de actuación del Organismo para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.*

g) *Las reuniones del Organismo Regulador con empresas del sector, con la Comisión Nacional de la Competencia y con otros organismos reguladores.*

h) *La preparación y tramitación de las normas cuya aprobación les corresponda, así como, en su caso, de las propuestas normativas que deban formular.*

2. Las disposiciones, resoluciones, acuerdos, informes y la memoria anual de actividades y el plan de actuación se harán públicos por medios electrónicos, una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales o meramente preparatorios de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refieren el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el artículo 24.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

3. Cada tres años, los Organismos presentarán una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar el impacto del Organismo en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas evaluaciones se enviarán también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.

**TERCERA PARTE**

**COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y  
LA COMPETENCIA CNMC- REGULACIÓN Y  
COMPETENCIA INTEGRADAS**

## Capítulo IV

# Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

---

### 4.1. ANTECEDENTES

Los Organismos Reguladores se han regulado globalmente, valga la redundancia, en dos ocasiones en España, con la Ley de Economía Sostenible la primera vez agrupándolos dentro de una categoría general a la que hicimos referencia en el capítulo anterior y precisamente con ocasión de esta nueva Ley que examinamos y crea un Macroregulador, la CNMC, la segunda y tal vez la más trascendental de las reformas realizadas a este tipo de organismos, ya que se ha tratado de la incorporación en una sola entidad dos culturas tan diversas en sus orígenes, objetivos y instrumentos como lo son la Regulación y el Derecho de la Competencia.

Es imprescindible saber con exactitud cuál era el régimen dispuesto hasta el momento, sus diferencias con el actual y fundamentalmente la extraña combinación que se ha hecho de tales órganos reguladores con los que aplican el derecho de la competencia, mezcla sorprendente sin duda y que implica novedades de calado importante que afectará a las empresas y organizaciones en sus estrategias jurídicas.

La posibilidad de contar con un sola entidad que agrupara tanto las funciones de competencia como las de regulación surge como producto de la contienda electoral donde fue elegido el Partido Popular<sup>1057</sup>, donde surgieron nuevos aires de reforma a los Organismos Reguladores y

---

<sup>1057</sup> Plan del Gobierno del Partido Popular “*Lo que España Necesita*”, en su apartado dedicado a un “*4.5 nuevo sector público*”. Disponible en [http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp\\_5741.html](http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp_5741.html). [En línea] (consultada 18/03/2012). A su vez, se ha presentado un extenso documento con numerosos Anejos, titulado “*Reforma de las Administraciones Públicas*”, fruto de una Comisión (CORA) formada por un nutrido grupo de cualificados miembros del sector público. Como todos los informes internos, tiene la virtud doble de la reflexión y la cercanía, mas al mismo tiempo, su carácter endógeno implica siempre objetivos propios que implican poner el acento en unos puntos y olvidar otros. Más útil, quizás inclusive partiendo de un análisis como el realizado por estos importantes funcionarios, sería luego que existiera una “*Royal Commission*” que exógenamente y desde luego con tiempo, pudiera realizar un análisis más integral.

la posibilidad de contar con una regulación eficiente y adecuada a las realidades del mercado, buscando la reducción de los costes administrativos que este tipo de entidades generan; la clasificación y reordenación de sus competencias, la necesidad de contar con un organismo simplificado y de poder garantizar su profesionalidad, neutralidad e independencia<sup>1058</sup>.

Estas bellas ideas, concluyen con la presentación a la opinión pública, tal como había sido anunciado en el discurso de investidura del Jefe de Gobierno Español<sup>1059</sup> donde se reitera la imperiosa necesidad efectuar una revisión al marco normativo vigente, con el fin de poder reorganizar las funciones atribuidas en las diversas leyes de creación de las Agencias Reguladoras, que trataron de ser consolidadas en una sola clasificación en la Ley de Economía Sostenible (LES<sup>1060</sup>). De acuerdo con el Programa de Gobierno del Partido Popular<sup>1061</sup>, en el discurso citado, se realiza una descripción generalizada de la situación española, señalando que la Administración Pública no ha cumplido con los objetivos propuestos y no ha podido garantizar una eficiente y buena regulación y la posibilidad de contar con una exitosa administración al servicio de los ciudadanos y que se incorpora en el proyecto de reformas presentadas por el Gobierno español ante la Unión Europea, denominado Plan Nacional de reformas. Programa Nacional de Reformas del Reino de España ante Bruselas, como programa bandera de esta Administración y como uno de los mecanismos que contribuirán a superar la crisis económica e institucional por la que afronta España en este momento<sup>1062</sup>, buscando una

---

Disponible en: [http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma\\_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF](http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF) [En línea] (Consultado 20/01/2014).

<sup>1058</sup> OGLETHORPE, KATY. *Spain. The painful birth of el super regulador*. En VVAA: GLOBAL COMPETITION REVIEW. Volume 17. Issue 1- December- January. 2014. Pp. 30-33.

<sup>1059</sup> Sobre el particular es preciso retomar las palabras del Presidente del Gobierno, Excmo. Sr. Dr. Mariano Rajoy, en su discurso de investidura el día 19 de diciembre de 2012, ante el Congreso de los Diputados. Disponible: <http://www.efe.com/FicherosDocumentosEFE/Investidura.pdf> [En línea] (Consultado el 18/03/2012), quien considera como indispensable una reforma de los organismo reguladores precisando “algunos de los sectores estratégicos de nuestra economía necesitan ser regulados, y de una buena regulación y supervisión de los mismos depende, en gran medida, la competitividad de nuestra economía”.

<sup>1060</sup> Vid los comentarios sobre el Anteproyecto y Proyecto realizados por Josué Erkoreka, donde precisa que Gobierno debió apelar a otros mecanismos en aras de mejorar y corregir los fallos existentes y no proponer o fundar un nuevo modelo regulatorio en el Ordenamiento Español ..” *Sin embargo, Erkoreka ha expresado sus dudas sobre esta agrupación, defendiendo que se “incorporan al mismo recipiente el agua y el aceite, que se repelen” y ha advertido de que “con el pretexto de la austeridad” el Gobierno puede acabar “creando un organismo hipersimplificado que produzca efectos negativos por su ineficiencia, disfuncionalidad y por ser contrario a las directivas del derecho comunitario”.*

*“No voy a negar que el modelo actual no sea mejorable e incluso que sea aconsejable hacerlo. Pero integrar todas las funciones de regulación de todos los mercados y de defensa de la competencia en un organismo es tan objetable como las razones que se aducen para justificar esta opción. Me habla de dos modelos comparados, pero en Europa sólo existe un modelo que responda a estas características: el de Estonia”, ha añadido el diputado vasco.”* Estrella Digital. “Rajoy defiende la unificación de organismos y los recortes para salir “del pozo”. Disponible en: [http://www.estrelladigital.es/espana/Rajoy-defiende-unificacion-organismos-recortes\\_0\\_1177082352.html](http://www.estrelladigital.es/espana/Rajoy-defiende-unificacion-organismos-recortes_0_1177082352.html). [En línea]. (Consultado el 16/05/2012).

<sup>1061</sup> Plan del Gobierno del Partido Popular “Lo que España Necesita”. Disponible en: [http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp\\_5741.html](http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp_5741.html). [En línea] (consultada 18/03/2012).

<sup>1062</sup> PROGRAMA NACIONAL DE REFORMA. ESPAÑA 2012. Disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/0E911A5C-F0F6-490F-8280-1AE0EDC539CE/201830/ECONOMIAProgramaEstabilidad.pdf> [En línea] (Consultado 30/05/2012). ..“La mejora de la regulación económica, basada en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas

regulación de carácter proporcionada y adecuada a las necesidades del mercado y de la realidad económica existente.

La reforma planteada permitiría garantizar la seguridad jurídica (aspecto que, adelantamos ya, puede ser cuestionado, por la falta de conocimientos en materia de competencia y de los sectores regulados y la independencia de sus miembros), producto de la reorganización de las funciones en un solo organismo, lo que permitiría aplicar de manera homogénea unos mismos criterios en ámbitos económicos con iguales características. Paralelamente, la unificación permitiría una armonización entre la política regulatoria o sectorial con la de competencia, evitando la incertidumbre regulatoria y una mejora la calidad supervisora al aunar en un solo órgano con un profundo conocimiento técnico, sectorial y de competencia, que redundará en una mayor grado de independencia y neutralidad<sup>1063</sup>.

Lo anterior sumado a la disminución de las posibilidades de captura del regulador atendiendo a que se reduce la capacidad de influencia de una empresa o de un sector empresarial, serían argumentos para realizar la reforma<sup>1064</sup>. El aprovechamiento de todos los servicios tanto técnicos, económicos y administrativos, los cuales se traducen en la elaboración de documentos uniformes, así como procedimientos comunes a las diferentes áreas y el aprovechamiento de la experiencia particular de la Autoridad de Competencia en la definición de mercados relevantes y de abusos de posición de dominio, sumado a la experiencia de los reguladores sectoriales es las especificidades y particularidades de cada sector, también se aportan como ideas fuerza para sostener la reforma.<sup>1065</sup>

Los criterios a revisar y la elaboración de un nuevo modelo regulatorio dirigido a la creación de una nueva entidad se concretaron en dos Informes iniciales presentados en el mes de enero y febrero del 2012; el primero de ellos elaborado por el Ministerio de la Presidencia, presentado

---

*implementadas por los reguladores, debe, por tanto, coadyuvar a eliminar obstáculos normativos sobre la movilidad de los factores productivos y su productividad, de manera que se asegure la unidad de mercado para los operadores económicos y la eficiencia y eficacia del mercado interior español”.*

<sup>1063</sup> OGLETHORPE, KATY. Spain. The painful ... Op. cit. Pp. 30 -31.

<sup>1064</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*. Tirant monografías 895. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

<sup>1065</sup> Algunos miembros del Senado han anotado cuales serían los principales inconvenientes de llegar aprobar por parte de las Cortes el nuevo modelo regulatorio y las finalidades por las cuales se quiere su aprobación son lo suficientemente convincentes para justificar la reforma: “José Montilla ha considerado una “falacia” que la reforma sirva para generar ahorro, ya que, ha recordado, supondrá una pérdida de conocimiento acumulado por los organismos reguladores desde 1990, así como menos competencia en materia de telecomunicaciones y energía.

Además, ha destacado que tanto la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de la Energía tienen ingresos que provienen de las tasas que pagan los operadores y que no pueden destinarse a otros cometidos.

Por ello, Montilla ha afirmado que la reforma sólo beneficia a grandes empresas del sector que se enfrentarán a representantes de los ministerios en vez de a órganos colegiados, por lo que no hará falta “tanta negociación, habrá más discrecionalidad y menos transparencia”. Expansión.” De Guindos dice que con la reforma de supervisores se gana en transparencia”. Disponible en: <http://www.expansion.com/agencia/efe/2012/04/24/17187208.html>[En línea]. (Consultado 1/05/2012).



en el Consejo de Ministro de 20 de enero denominado “*Informe Sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma*”<sup>1066</sup> y el segundo informe preparado por PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L., (PwC) para Telefónica denominado “*Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*”<sup>1067</sup>.. Ambos documentos se complementan ampliamente, en atención a que el primero presenta de manera genérica los aspectos generales de los Organismos Reguladores; su régimen tanto de adscripción como presupuestario; las tendencias en el Derecho Comparado y un listado de conclusiones, donde se infiere que es indispensable la reforma en el sector público y particularmente de los organismos reguladores, los cuales deben orientar su actuación bajo los criterios de eficiencia, que conduzcan a la reducción del número de organismos existentes, la simplificación en su estructura, mejorando su funcionamiento, y aumentando la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros<sup>1068</sup> y, aunque no se precisa en el contenido de estos informes, un elemento fundamental por el cual se opta por la reducción del número de entidades, es la posible desregulación de ciertos mercados en particular, lo que puede suponer – se dice -un aumento de la inversión, que trae como consecuencia inmediata la reactivación de la actividad económica y del empleo, reduciendo los índices de paro y reactivando el ciclo económico<sup>10691070</sup> Estos documentos que son la génesis del proyecto

---

<sup>1066</sup> MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Informe Sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma.

<sup>1067</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España Telefónica España Madrid, 14 de febrero de 2012.

<sup>1068</sup> MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Informe Sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma. Óp. cit. Pp. 9-10. La supuesta independencia de este regulador es uno de los aspectos que genera mayores dudas, atendiendo a que cuando se realiza una lectura en conjunto del Anteproyecto se puede concluir que se aumenta el control por parte del Ejecutivo respecto a la nueva Comisión, convirtiéndolo en un órgano político más dentro de la Administración del Estado, como lo precisa BETANCORT, ANDRÉS. “*Mínimos Reguladores...*” Pp. 36. En lo que respecta a la independencia como garantía de estos organismos afirma: “*La independencia de los reguladores se mueve entre la colonización política y la captura por los intereses regulados. Es paradójico que aquella misma independencia puede contribuir a estos dos fenómenos que comento. La independencia separa al regulador del tronco de la Administración, tanto para ganar en criterio técnico en la gestión de sus competencias, como para alejarlo de los mecanismos de control que dificultan aquellos dos fenómenos. En otros términos, la independencia también es soledad que facilita la captura por unos u otros intereses. Los mecanismos internos de control, propios de la Administración directa, podrían, en cierta medida, dificultarla.*”

<sup>1069</sup> CAÑIZARES PACHECO, ENRIQUE. “*La regulación de las telecomunicaciones España: una visión prospectiva*”. En: VVAA. *Política Económica y Regulatoria en Telecomunicaciones*. Competencia y Retos Regulatorios en los Nuevos Mercados de los Servicios TIC Gabinete de Estudios de Economía de la Regulación (GEER) Dirección de Regulación y Relaciones Sectoriales. Telefónica. N°. 6- Marzo, 2011.Pp. 70-83. Quien presenta a modo muy general el fenómeno de las Redes de Nueva Generación (NGNs), al precisar que una excesiva regulación para su desarrollo en España no ha permitido su desarrollo y por consiguiente los efectos positivos que su construcción deriva para la economía:

<sup>1070</sup> En la comparecencia realizada por el Presidente del Gobierno Español el día 16 de mayo ante el Congreso de los Diputados, se le indagó sobre el propósito de establecer un solo organismo regulador. La respuesta dada por el Jefe del Gobierno está dada en justificar las fallas en la coordinación y la toma de decisiones por parte de los diversos Organismos Reguladores y la Autoridad de Competencia, que repercuten directamente en los consumidores, en una dilación injustificada de las actuaciones que se cursan ante estas entidades y la inseguridad jurídica respecto a las decisiones que afectan a los operadores y la inversión, señalando: *Lo que pretendemos con esto es, en primer lugar, aumentar la eficiencia del sector público; es decir, los puntos de conexión entre los supervisores han conducido a numerosas estructuras duplicadas cuyo coste es soportado*

presentado en las Cortes, sumado a los diversos informes remitidos por los Órganos Reguladores y del Consejo de Estado<sup>1071</sup>.

#### 4.1.1. El Modelo Comparado

Procederemos a analizar la experiencia comparada que inspira el proyecto, con el fin de determinar si, efectivamente, los modelos de referencia se adecuan con la visión de la Comisión de los Mercados y la Competencia. Son dos los modelos que inspiran el nuevo modelo como es el modelo Alemán y el modelo Holandés; se incluye un tercer modelo implantando en Reino Unido, mediante el cual se crea una única Autoridad de Competencia subrayando que la importancia de esta experiencia viene dada por el interesante régimen de transición que se estableció para la creación de la Competition and Markets Authority, en adelante CMA.

##### **4.1.1.1. Caso Alemán**

El modelo Alemán adoptó un modelo convergente<sup>1072</sup> en que hay una sola entidad reguladora encargada de la red *Bundesnetzagentur* donde se incluyen el sector de la electricidad, las

---

*por los operadores económicos en forma de tasas y con esta integración se ahorrarán muchos gastos comunes, que siempre es importante, pero, además, se pretende aumentar la eficacia de la supervisión proporcionando las bases institucionales para una política de supervisión integral de la competencia. La existencia en estos momentos de tantos organismos da lugar a que haya muchos fallos de coordinación y a dilaciones que suponen costes para el ciudadano y, además, los fallos de coordinación consistentes en la adopción de criterios divergentes inciden en la seguridad jurídica de empresas y consumidores. Por otro lado, incorpora una reestructuración y clarificación de competencias entre la comisión y los departamentos ministeriales que permite que la comisión de los mercados y de la competencia se centre verdaderamente en supervisar y promover la competencia.* CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE Año 2012 X Legislatura Núm. 30. Sesión plenaria núm. 29 celebrada el miércoles 16 de mayo de 2012- Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL\\_030.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL_030.PDF) [En línea]. (Consultada el 23/05/2012).

<sup>1071</sup> CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Comisión Permanente, 13 de septiembre de 2012. Núm.: 870/2012.

<sup>1072</sup> El modelo convergente también puede ser entendido como lo precisa la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), en el entendido a que responden al solapamiento de los servicios que anteriormente eran prestados por varios operadores, pero que en función de la evolución tecnológica, confluyen y que hacen necesario que se regulen bajo un solo Organismo Regulador. Solo el particular esta entidad afirma:

*“La creciente convergencia del sector de las TIC ha impulsado la creación de más organismos reguladores convergentes, según la lógica de que el organismo regulador convergente está más adaptado para responder a las nuevas tecnologías y al solapamiento de los servicios ofrecidos por categorías de proveedores de servicios que antes eran independientes. Las entidades reguladoras convergentes supervisan una amplia gama de servicios entre las que puede encontrarse también las TIC y la radiodifusión. Un organismo regulador convergente suele poseer profundos conocimientos especializados de ingeniería del sector de las comunicaciones, lo que supone un activo esencial a la hora de abordar los complejos problemas de la red. Los organismos reguladores convergentes*

telecomunicaciones, correos y el sector ferroviario. El órgano fue creado mediante la Ley de Agencia para la Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Correos y Ferrocarriles del 7 de julio de 2005<sup>1073</sup>. Por otro lado, continúa la Autoridad de Competencia, *Bundeskartellamt*, cuyas funciones son la promoción y defensa de la competencia, para lo cual realiza investigaciones, imponiendo multas, detectando y sancionando los cárteles, la realización de informes sectoriales, el control de las fusiones y protección legal de los procedimientos en materia que afecte a la competencia. . Su estructura es compleja atendiendo a que cuenta con varias divisiones (doce en total), encargadas de ejercer las funciones que le han sido encomendadas.

#### **a. Antecedentes de la Bundesnetzagentur**

Como producto de la liberalización que se gestó en Europa en la década de los 90, muchas de las empresas cuya titularidad eran del Estado fueron privatizadas. Alemania no fue ajena a este proceso. Es así como en el año de 1994, la empresa Deutsche Bundespost, se privatizó y se dividió en dos entidades Deutsche Post y Deutsche Telekom; esta última que quedó sujeta a la supervisión de la Oficina Federal de Correos y Telecomunicaciones (Bundesamt für Post und Telekommunikation BAPT) y la regulación del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones (BMPT). Es en el año de 1998, cuando se abrió el mercado a la competencia, siendo necesario que se creara una autoridad reguladora en materia de Telecomunicaciones y Correos denominada Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correos (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post , RegTP), integrando las funciones de tanto del Ministerio como la Oficina Federal como supervisor de correos y telecomunicaciones.

Desde el año 2002, se habían realizado diversos estudios sobre introducción de competencia, destacándose el estudio de la Comisión de Monopolios que en su dictamen principal no. 14 2000/2001 “*Netzettbewerb durch Regulierung*” (competencia en redes por medio de regulación), precisaba la necesidad de introducir la *regulación ex ante* de acceso a la red y otras instalaciones de infraestructura en los sectores de energía, gas y sector ferroviario, para lo cual era necesario la creación de una única autoridad reguladora para todos los sectores con

---

*suelen estar bien adaptados para abordar la convergencia debido a los conocimientos técnicos de sus funcionarios en los diversos mercados y especializaciones asociados. Este modelo de organización otorga a la autoridad más flexibilidad para adaptarse al rápido ritmo de cambio tecnológico, comercial y reglamentario en el sector de las TIC. Por otra parte, los organismos reguladores convergentes tienen más posibilidades de adoptar posturas y planteamientos coherentes a la hora de considerar los cambios tecnológicos y de servicios que cabe introducir y cómo afectarán éstos, o se verán afectados, por los reglamentos existentes. Además, los modelos reglamentarios convergentes por diseño resuelven algunos de los solapamientos existentes entre las telecomunicaciones y la radiodifusión, que son dos servicios clave que convergen cada vez más y compiten entre sí conforme progresa la tecnología”.*

<sup>1073</sup> Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/begtpg/gesamt.pdf> [En línea] (Disponible 10/11/2013).

infraestructuras de red, para lo cual sería conveniente que dichas competencias fueran asumidas por la autoridad existente Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, RegTP, encargada de regular los mercados de telecomunicaciones y de correos<sup>1074</sup>

Las razones que justificaron dicha transferencia de funciones en una sola entidad, responden a que todos los mercados eran antiguos monopolios que fueron abiertos a la competencia, siendo el modelo más destacado el proceso que se llevó a cabo por parte de RegTP, cuyo conocimiento debería ser transferido a los demás sectores basados en redes, cuya regulación se basa en unos mismos principios, atendiendo a las particularidades, en su mayoría técnicas propias de cada sector<sup>1075</sup>.

A partir del año 2003<sup>1076</sup>, se propuso al Ministerio Federal de Economía y Trabajo, que el regulador de los sectores de telecomunicaciones y correos fuera la entidad encargada de regular la electricidad y el gas, o que ella asumiera las competencias sobre esta materia. A su vez, el Legislador retomó la propuesta, que posteriormente fue modificada para incorporar no sólo a los sectores anteriormente descritos, sino adicionar al sector ferroviario y de esta manera eliminar a la autoridad que a la fecha desempeñaba la tarea regulatoria en esta materia. La creación de un macro regulador en materia de infraestructuras de red, implicaba un cambio de denominación, escogiéndose la denominación “Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen” (Agencia federal de redes para electricidad, gas, telecomunicación, correo y ferrocarriles), la cual empezó a ejercer funciones a partir del 13 de julio 2005, no solamente las desempeñadas por la antigua autoridad reguladora en materia de telecomunicaciones y correos, sino la regulación de los mercados de electricidad y gas y la preparación para la adopción de las funciones para garantizar el aseguramiento del acceso sin discriminación a la infraestructura ferroviaria a partir del 1 de enero del 2006.

Durante el proceso de creación de la nueva autoridad, las diferentes agencias que confluían en la nueva autoridad, se les encomendó la tarea de agrupar las funciones de los sectores de energía, gas y ferrocarriles, así como la creación de la plantilla que haría parte de la agencia de redes. Se hizo un trabajo conjunto y ordenado, con el fin que los efectos que podrían derivarse de dicha integración fueran mínimos para el sector y los operadores, así como para el personal encargado de resolver los asuntos particulares de cada mercado, siendo un proceso concertado, de revisión permanente de las competencias y atribuciones de cada entidad.

La estructura inicial de la Agencia de redes, incorporó para el sector de la energía y el gas, cuatro juntas encargadas en su mayoría de adoptar la mayoría de las decisiones según lo dispuesto en la Ley del Sector Energético, así como un departamento especializado con seis de un total de doce secciones, dedicadas a las materias específicas de los sectores de energía y gas.

---

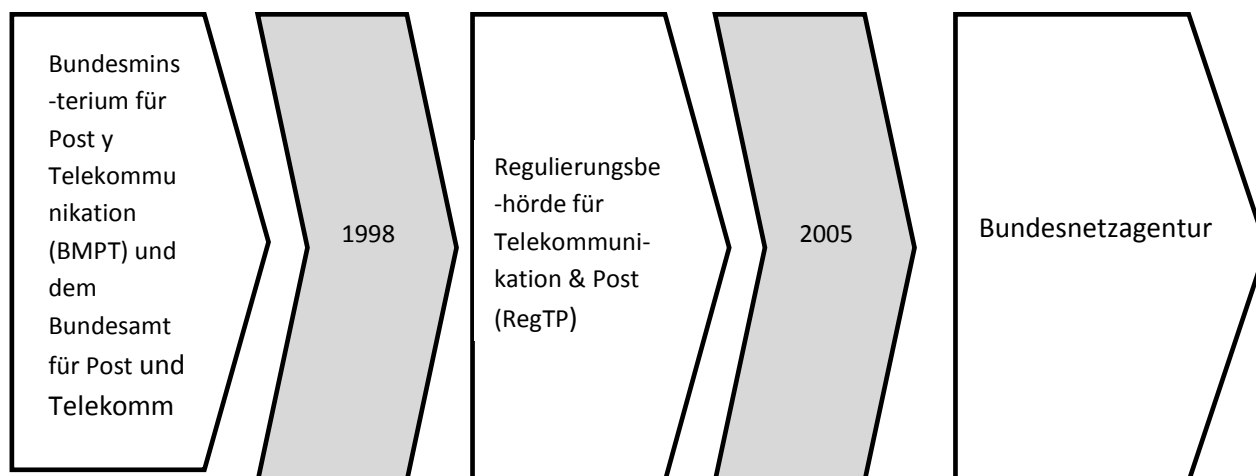
<sup>1074</sup> BUNDESNETZAGENTUR. *Jahresbericht 2005*. Disponible en: [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2005/Jahresbericht2005Id5278pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2005/Jahresbericht2005Id5278pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) [En línea] (Consultado 28/01/2014).

<sup>1075</sup> *Ibíd.* Pp. 10 y ss.

<sup>1076</sup> *Ibíd.* Pp. 8 y ss.

La finalidad principal era que se transfiriera a la nueva agencia, el personal con mayor experiencia y conocimientos a la nueva Comisión, y asegurar que algunas de las prácticas regulatorias en los sectores que se agrupan podrían ser transferidas a los sectores de las telecomunicaciones y correos.

Asimismo, fue necesaria una reorganización tanto de las funciones, como del personal de la RegTP, que se tradujo en una reestructuración en el seno de la entidad así como la fusión de algunas de sus secciones. A finales del año 2005, se presenta la estructura de la nueva entidad, así como su plan organizativo. Claramente se realizaron también reestructuraciones en el período de informe, por ejemplo en la unión de secciones o del aplazamiento de tareas, en interés de un empleo eficiente de los recursos de personal existente. Al final de 2005 se presentó la estructura organizativa de la agencia federal de redes correspondiente al plan organizacional, que complementó con la plantilla del personal de la Autoridad Federal de Ferrocarriles, cuya integración se hizo efectiva el 1 de enero del año 2006.



**Cuadro 23 - Fuente Bundesnetzagentur-Jahresbericht 2005 y Groebel Annegret – Creación Propia: Etapas de la Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios de Red.**

#### **b. Misión de la Bundesnetzagentur**<sup>1077</sup>

Uno de los principales objetivos de las Agencias reguladoras es la de establecer y garantizar la competencia leal para todos los sectores, así como la de proveer y salvaguardar los intereses de los usuarios, como son el suministro de los servicios a bajo precio, de manera eficiente y respetuoso con el medio ambiente. Por ello, la operación de las redes ha de ser también realizada de manera eficiente y fiable. Se busca que se fomente la inversión eficiente en materia

<sup>1077</sup> GROEBEL, ANNEGRET. *Introduction to the Bundesnetzagentur (BNetzA)*. Visit of FTS. International Relations / Postal Regulation Bundesnetzagentur. Bonn 01.03.2010

de infraestructuras y promover la innovación tecnológica, principalmente en el sector de las telecomunicaciones. Respecto a los objetivos previstos en el ámbito Europeo, la regulación que se realice, debe ser concordante con el desarrollo del mercado interior de la Unión Europea en todos los sectores y en lo que corresponde en el sector de las telecomunicaciones y los servicios postales garantizar la disponibilidad de las telecomunicaciones elementales y los servicios postales en toda Alemania, lo que se traduce en el servicio universal.

***c. Competencias de la Bundesnetzagentur***

La Agencia Federal de Redes, es responsable de la competencia efectiva en cinco mercados de redes fundamentales para la economía como lo son las redes energía, gas, telecomunicaciones, correos y red ferroviaria. A continuación se describen brevemente las funciones<sup>1078</sup>

TELECOMUNICACIONES	SERVICIOS POSTALES	ENERGIA Y GAS	FERROCARRILES
<p>-Garantizar una competencia justa y viable a través de Alemania en materia del suministro de telecomunicaciones básicas (servicio universal) a precios asequibles en todo el país.</p> <p>-Promoción de los servicios de telecomunicaciones en las instituciones públicas.</p> <p>- Garantizar el uso eficiente y libre de interferencias de frecuencias, teniendo también en cuenta los intereses de radiodifusión y protección de los intereses de seguridad pública.</p> <p>A su vez, desempeña las siguientes tareas:</p> <p>- Administrar las frecuencias y números de teléfono</p> <p>-Supervisar el mercado, y asesorar a los ciudadanos sobre las nuevas regulaciones y las implicaciones de estos.</p>	<p>-Garantizar una competencia justa y viable a través de Alemania en materia del suministro de los servicios postales (servicio universal) a precios asequibles en todo el país.</p> <p>A su vez, desempeña las siguientes tareas:</p> <p>-Emitir licencias postales contribuye a las soluciones para las cuestiones de normalización</p>	<p>-Garantizar que las ofertas de los servicios de energía y gas sean seguras, a un bajo precio para el consumidor, que sean eficientes y respetuosas con el medio ambiente.</p> <p>- Que exista una competencia real y efectiva en el suministro de electricidad y gas, así como una operación eficiente y confiable de los sistemas de suministro de energía para el largo plazo.</p>	<p>-Examinar los servicios de red y centros de servicio.</p> <p>-Revisar la cantidad y la estructura de los cargos por el uso de infraestructuras y servicios asociados.</p> <p>-Garantizar el acceso no discriminatorio a la infraestructura ferroviaria (procedimientos de asignación y resultados) y los servicios asociados.</p>

**Cuadro 24 - Fuente Bundesnetzagentur – Creación Propia: Funciones de los Sectores de Telecomunicaciones, Servicios Postales, Energía y Gas, y Ferrocarriles.**

<sup>1078</sup>[http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1412/EN/General/Bundesnetzagentur/About/Functions/functions\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1412/EN/General/Bundesnetzagentur/About/Functions/functions_node.html)

#### **d. Composición de la Bundesnetzagentur**

En su ley de Creación, se precisa que esta Agencia contará con un Presidente, el cual ejercerá la representación legal de la entidad y dos Vicepresidentes nombrados por el Gobierno a propuesta del Consejo Asesor dentro de un plazo de cuatro semanas, designados por el Presidente de Alemania para un período de 5 años, con posibilidad de prórroga<sup>1079</sup>.

En cuanto a su régimen de incompatibilidades, se precisa en la ley, que el Presidente tiene un régimen de dedicación exclusiva, por lo cual no puede ejercer ningún tipo de actividad comercial o profesional, ni la gestión de una empresa. Se establece asimismo un régimen respecto al cese en el cargo.

De otro lado, el ente regulador contará con un Consejo Asesor<sup>1080</sup>, como se precisa en el artículo 5 de la Ley de Creación de la Agencia Federal de Redes, compuesto por 16 miembros de la Cámara Alta del Parlamento y 16 por parte de la Cámara Baja del Parlamento, que lo asesora sobre diversos temas en materias regulatorias. Los miembros son propuestos por el Parlamento Federal Alemán para un el período igual a la de los integrantes del Bundestag que corresponde a cuatro años y permanecerán en su cargo hasta que se proceda a la designación de nuevos miembros por parte del Parlamento Federal.

Como principales funciones se destacan<sup>1081</sup>:

- Proponer al Presidente y los vicepresidentes de la BNetZA al Gobierno.
- En materia de telecomunicaciones, participar en ciertas decisiones específicas de las cámaras en los supuestos que han sido previstos por parte de la Ley de telecomunicaciones, principalmente en lo que corresponde a la materias tales como el proceso de adjudicación del espectro, la determinación de las condiciones para el uso de determinadas frecuencias y, tal vez una de las más importantes, la determinación de las obligaciones de Servicio Universal
- En materia de energía asesorar a la Agencia en la elaboración de los informes

Este Consejo Asesor<sup>1082</sup>, adoptará su reglamento interno de funcionamiento, el cual será aprobado por el Ministerio Federal de Economía.

---

<sup>1079</sup> Artículo 4. Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.

<sup>1080</sup> En la sección 5 (1) de la Ley Federal de la Agencia de Redes, se señala que dicha Agency contará con un Consejo Asesor, el cual estará integrado por un total de 16 miembros del Bundestag alemán y 16 representantes del Bundesrat alemán; los representantes del Bundesrat deben ser miembros o representantes políticos del gobierno de un estado federal. Los miembros y los miembros suplentes del Consejo Consultivo son nombrados por el gobierno federal a propuesta del Bundestag alemán y el Bundesrat alemán. Disponible en:

[http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1412/EN/General/Bundesnetzagentur/AdvisoryCouncil/AdvisoryCouncil\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1412/EN/General/Bundesnetzagentur/AdvisoryCouncil/AdvisoryCouncil_node.html) [En línea] (Consultado 01/03/2014).

<sup>1081</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo... Op. Cit. Pp. 25.

Este órgano será el encargado de elegir entre sus miembros a un Presidente y a los Vicepresidentes, que serán designados cuando haya alcanzando la mayoría de los votos de los integrantes del Consejo; en el supuesto de no alcanzar la mayoría se procederá a una segunda votación, donde se designará al Presidente con la mayoría de los votos emitidos; en caso de que se produzca un empate en la segunda votación se realizará un sorteo para designar al Presidente.

El Consejo se constituirá, cuando se reúnan la mitad de los miembros que fueron postulados tanto por el Parlamento Federal y del Consejo Federal. Las decisiones serán adoptadas por mayoría simple y se hay empates, se rechaza la moción.

En cuanto a sus sesiones, se reunirán cada trimestre, pero podrá convocarse a una sesión cuando se presente una solicitud por escrito por parte de tres miembros, en todo caso el Presidente del Consejo Asesor podrá convocar en cualquier momento a reunión. El Presidente de la Agencia Federal de Redes podrá participar en dichas reuniones y deberá ser escuchado en cualquier momento.

Atendiendo a que es una entidad que regula a cinco sectores, la Agencia Federal cuenta con divisiones especializadas para cada sector (telecomunicaciones, energía, gas, sector postal). Las decisiones en materia regulatoria se adoptan en 9 cámaras especializadas por cada sector a las que se les denomina “*rulling chambers*” compuestas por un Presidente y dos asesores, designados por el Presidente de la BNetzA, dichas cámaras funcionan a modo de consejos u organismos colegiados de carácter especializado y toman las decisiones de la agencia en materias específicas previamente asignadas.

La particularidad de dicho modelo, es que corresponde a un modelo único en el seno de la Unión Europea, su rasgo característico es que no existe un único consejo que toma las decisiones del mismo, sino que dentro de la misma agencia existen diversos consejos como cámaras especializadas que adoptan decisiones o sentencias. El modelo Alemán se caracteriza fundamentalmente por su alto grado de especialidad en cada sector, lo cual redundo en la existencia de una política regulatoria adecuada para sector, atendiendo a parámetros estrictamente técnicos<sup>1083</sup>. (Se anexa cuadro de la estructura de la Agencia).

Cada una de las cámaras se divide por sectores, en función a cada mercado y según el tipo de asunto<sup>1084</sup>, pero no se ha creado ninguna sala dedicada a la regulación ferroviaria, a pesar que

---

<sup>1082</sup> Artículo 5. Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.

<sup>1083</sup> GRUPO DE TRABAJO DE POLITICAS PÚBLICAS Y REGULACION COIT. “*Reforma de los Organismos Reguladores*”. En VVAA: Bit. 188 marzo 2012. Pp. 55-57.

<sup>1084</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo... Op. Cit. Pp. 25.



dicho sector fue incorporado a la Agencia a partir del año 2006. Las decisiones que se adopten podrán ser recurridas ante los tribunales<sup>1085</sup>:

1. Telecomunicaciones:

- Rulling Chamber 1: lleva los asuntos relacionados con Servicio Universal tanto del sector de telecomunicaciones, como el de correos, así como la asignación del espectro.
- Rulling Chamber 2: lleva los asuntos correspondientes a la regulación de mercados de telecomunicaciones al por menor, la regulación de líneas arrendadas al por mayor, los datos de los abonados, los servicios de recolección y la portabilidad.
- Rulling Chamber 3: Encargada de la Regulación de los servicios mayoristas de telecomunicaciones, fijos y móviles.

2. Energía:

- Rulling Chamber 4: Regula el uso individual de los peajes del sistema eléctrico, competencia sobre las tuberías de gas, presupuestos de inversión y la determinación de las tasas de rendimiento de capital.
- Rulling Chamber 6 y 7: Encargadas de la regulación de acceso en materia de redes suministro en las redes eléctricas y de gas.
- Rulling Chamber 8 y 9: Regulación sobre los peajes de acceso en materias de electricidad y de gas.

3. Correos:

- Rulling Chamber 5: encargada de la Regulación de las tasas, el acceso a la red y el control especial de las prácticas anticompetitivas en los mercados postales.

**e. Independencia- Mecanismos**<sup>1086</sup>

Uno de las principales preocupaciones que aquejan a los reguladores sectoriales es cómo garantizar la independencia del regulador; en este caso concreto el modelo Alemán también se ha preocupado porque exista tal independencia, que se concreta fundamentalmente en que las decisiones que se adopten no deben tener ningún tipo de injerencia por parte de los agentes del

---

<sup>1085</sup> [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1412/EN/General/Bundesnetzagentur/About/Functions/functions\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1412/EN/General/Bundesnetzagentur/About/Functions/functions_node.html) Las Sentencias de la Salas en materia de telecomunicaciones y asuntos postales pueden ser impugnadas directamente ante los tribunales administrativos y ante los tribunales civiles.

<sup>1086</sup> GROEBEL, ANNEGRET. *Introduction to the Bundesnetzagentur (BNetzA)*. ..Op. cit. Pp. 14.

mercado y tampoco debe existir ningún tipo de injerencia por parte del Ministerio respecto de las actividades asignadas a la Autoridad Regulatoria, en aras de garantizar la imparcialidad del regulador, para lo cual se ha establecido una separación clara de las responsabilidades y las funciones que son encomendadas a la entidad, así como la transparencia en las actuaciones de la Autoridad, de allí que las consultas se hagan públicas, las audiencias sean orales y se publiquen los documentos y las resoluciones adoptadas por parte de las Cámaras sean públicas.

Se debe tener presente que si bien el Ministerio no puede incidir directamente sobre la Agencia, puede sin embargo poner en marcha una serie de directivas, las cuales deben ser publicadas, a efectos de garantizar la transparencia y que dichas directivas no incidirán de tal forma en las decisiones o asuntos de la BNetzA.

En cuanto al control de las decisiones que se adopten, éstas podrán ser recurridas ante los tribunales independientes

También se han establecido mecanismos de responsabilidad; de ahí que cada año deberá presentar un informe sobre los cinco sectores. Informes bianuales, donde se indique la situación y desarrollo de los mercados de telecomunicaciones y energía, un informe específico respecto del sector de la energía. El Informe de la Comisión de Monopolios se presentará cada dos años para informar de la existencia de una competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y de energía, así como realizará un Informe a la Comisión Europea en materia de energía que debe ser presentado anualmente.

#### **f. Relaciones entre la Autoridad de Competencia y la Agencia Federal de Redes**

Autoridad de Competencia *Bundeskartellamt* BKartA, es una oficina Federal de Derecho de la Competencia, cuya principal función es la verificar la aplicación del derecho de la competencia en la generación, en la producción y la oferta de bienes y servicios. Su actividad se orienta a que los agentes no abusen de su poder mercado en los mercados mayoristas, que pueden incidir en los precios que pagan los usuarios finales, así como el control de concentraciones.

Ahora bien, es necesario precisar cómo son las relaciones entre la Agencia Federal de Infraestructuras de Red (BNetzA) y la Autoridad de competencia (BKartA). Se parte de la premisa de que la Agencia de Redes regula en cada sector con infraestructuras de red, para lo cual establece tanto la regulación económica como técnica que debe implantarse en cada mercado en concreto; utiliza en ello diferentes y varios instrumentos de esta forma de intervención como son los remedios *ex-ante*, la regulación del acceso, el control *ex post* de prácticas abusivas y la determinación de reglamentos técnicos, donde se determinan cuales son los requisitos para la asignación de frecuencias, las normas técnicas, el monitoreo de radio, entre otros aspectos<sup>1087</sup>.

---

<sup>1087</sup> Ibid. Pp. 14 ss.

La Autoridad de Competencia, vela por la correcta implantación de la política de Competencia. Asimismo, y atendiendo a los mandatos previstos tanto en las Directivas como en las Leyes de Creación de cada Agencia, se han delimitado los ámbitos competenciales entre el regulador y Autoridad de Competencia, para lo cual se han tenido en cuenta la definición de los servicios regulados establecidos en leyes distintas (por ejemplo, la Ley de Telecomunicaciones, Ley de la Industria de la Energía), así como de disposiciones legales para intercambio de información respecto de los asuntos que son conocidos por ambas entidades, con el fin de poder garantizar la seguridad jurídica, evitar controversias y el doble de trabajo entre ambas entidades.

Los mecanismos de colaboración entre ambas entidades, consisten en la remisión de comentarios por parte de la Autoridad de Competencia antes de la publicación de decisiones por parte de BNetzA específicamente sobre la definición de los mercados relevantes y la determinación de las Posiciones Significativas de Mercado, lo cual permite y facilita la investigación. Otro de los mecanismos que por los cuáles se ha optado, es la aplicación de unos mismos estándares para la resolución de casos concretos, lo que viene a concretarse en la estrecha y complementaria relación entre la política de competencia común y la regulación de cada sector.

#### **4.1.1.2. Caso Holandés**

Respecto al modelo Holandés<sup>1088</sup> se hace referencia al nuevo regulador denominado Authority for Consumers and Markets o Autoridad Holandesa de Consumidores y Mercados (ACM)<sup>1089</sup>, que fue el nombre asignado a esta nueva entidad resultante de la fusión de la Autoridad de Competencia de los Países Bajos (NMA) encargada de las funciones tradicionales de la Agencia de Protección al Consumidor (CA), la Agencia de Telecomunicaciones y Servicios encargada de promover la competencia en las infraestructuras y la Agencia de Comunicaciones, Energía y Transportes<sup>10901091</sup>.

---

<sup>1088</sup> En el caso del modelo Holandés o de los Países Bajos, a través de una gran reforma que concluyo con la creación de un solo Organismo Regulador la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM), donde confluyen las funciones de regulación y de competencia en una sola entidad como fruto de la fusión de la Autoridad de Consumidores, la Autoridad Independiente Postal y de Telecomunicaciones (OPTA) y la Autoridad de Competencia (NMa). Dicho modelo no es contrastable, atendiendo a la nueva entidad empezará a ejercer las competencias que le han sido asignadas a partir del 1 de abril de 2013.

<sup>1089</sup> 102 Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt). Disponible en: <http://www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvhwbtbnzpbzzc/vj84esg5r6xi/f=y.pdf> [En línea] (consultado 02/09/2013).

<sup>1090</sup> MONFORTE, CARMEN. “El PSOE busca apoyo parlamentario contra la reforma de los reguladores” Disponible en: [http://www.cinco dias.com/articulo/empresas/psoe-busca-apoyo-parlamentario-reforma-reguladores/20120529cdscdiemp\\_3/](http://www.cinco dias.com/articulo/empresas/psoe-busca-apoyo-parlamentario-reforma-reguladores/20120529cdscdiemp_3/) [En línea]. (Consultado el 30/05/2012). A juicio del Partido Socialista Obrero Español el modelo elegido por parte del Gobierno Español no corresponde al modelo Alemán o al Holandés como se ha indicado en la exposición de motivos del Anteproyecto y del Informe del Consejo de Ministros, sino corresponde al modelo del regulador de Estonia y parcialmente al modelo Holandés, este

El objetivo de la fusión de estas tres organizaciones es aumentar la eficacia y la eficiencia de la supervisión del mercado, para de esta manera poder responder con un mayor grado de flexibilidad atendiendo a la evolución de cada sector y del mercado en general. Además de esto, se espera se espera que los beneficios de la fusión, se concreten en la utilización oportuna de los conocimientos y la información de las autoridades que concluyen en esta nueva entidad, lo que beneficiará a la calidad de la supervisión<sup>1092</sup>.

La Autoridad Holandesa para los consumidores y los mercados es una Autoridad Independiente que trabaja a la par para las empresas como para los consumidores en sus respectivos ámbitos<sup>1093</sup>.

La finalidad de la fusión tal como sucede en España, es la de perseguir un aumento de la eficacia y la eficiencia de la vigilancia del mercado, así como una reducción de las cargas administrativas, lo cual implica un uso más eficiente del personal y el intercambio de conocimientos y apoyo, y por lo tanto el ahorro.

La particularidad del nuevo regulador Holandés, es la de incorporar como precisa LÓPEZ GALDOS<sup>1094</sup>, dentro de la estructura que finalmente fue aprobada, a la Autoridad encargada de la Defensa de los Consumidores, de manera conjunta con la Autoridad de Competencia; de allí su nombre de Authority for Consumers & Markets (ACM). Responde a un modelo que fue concertado a pesar de la reticencia que en ciertos sectores generó inicialmente, pero se logró remediar a través del diálogo permanente y coordinado para creación de esta nueva autoridad.

Es preciso anotar, que la creación de este super-regulador, estuvo precedido de una serie de fenómenos que concluyeron en esta importante reforma, resultado de un proceso meditado, con importante intercambio de impresiones por los todos los sectores afectados.

Se destacan dos grandes aspectos, el primero, fue la libertad otorgada al personal asignado para desarrollar la reforma, sin que los organismos ministeriales tuvieran una injerencia directa en el proceso. El objetivo era buscar puntos concordantes que justificaran la unificación de los reguladores aludiendo las ventajas que el modelo traería principalmente en la reducción de costes. A su vez, el proceso siempre estuvo de la mano de especialistas, en su mayoría pertenecientes a las Autoridades, manteniendo al margen al Ejecutivo<sup>1095</sup>. El segundo aspecto, es la disposición de los integrantes de las Autoridades que se fusionaban, quienes consideraban que la creación de una nueva autoridad que aglutinara las funciones que eran desempeñadas por

---

último como hemos afirmado anteriormente se encuentra en pleno proceso de integración en el momento en que se pone en marcha el nuestro.

<sup>1091</sup> LÓPEZ GALDÓS, MARIANELA. “Proyecto de Ley para la Creación...Op. cit. Pp. 91.

<sup>1092</sup> <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/6/article26.en.html>

<sup>1093</sup> FONTEIJN, CHRIS. “Netherlands Authority for Consumers and Markets”. En VVAA: GLOBAL COMPETITION REVIEW. The European Antitrust Review 2014. Section 3: Country chapters. Disponible en: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/53/sections/179/chapters/2105/netherlands-authority-consumers-markets/> [En línea]. (Consultado 05/11/2013).

<sup>1094</sup> LÓPEZ GALDÓS, MARIANELA. “Proyecto de Ley para...Op. cit. Pp. 100.

<sup>1095</sup> Ibid. Pp. 100.

parte de éstas, se constituía en una verdadera oportunidad para la consecución de diversos objetivos.

Una de las particularidades, que analizaremos posteriormente cuando hagamos referencia a la Competition and Markets Authority (CMA) del Reino Unido, es que antes de la creación la Authority for Consumers & Markets holandesa, las autoridades que se integraban crearon grupos de trabajo, con la finalidad de analizar y determinar cómo sería el modelo y la estructura más óptima para la superautoridad.

La ACM empezaría a ejercer sus funciones desde 1 de enero de 2013<sup>1096</sup>, de acuerdo a la decisión adoptada por inicialmente el 2 de octubre de 2012, que autorizó la creación de la nueva autoridad<sup>1097</sup>, propuesta que fue rechazada en un primer momento por el Parlamento Holandés el día 3 de diciembre de 2012<sup>1098</sup> impidiendo su puesta en marcha a partir del 1 de enero. Pero esto no impidió que el proyecto fuera nuevamente analizado por parte de la sala del Senado holandés el día 5 de febrero, donde se aprobó la fusión de los dos organismos reguladores y la de creación de la Nueva Comisión, que fue aprobada el día 26 de febrero de 2013 y publicada el día 28 de febrero de ese mismo<sup>1099</sup>, indicándose que el nuevo regulador iniciará labores a partir del 1 de abril del año indicado<sup>11001101</sup>.

Esta nueva entidad era el resultado de dos proyectos presentados ante el Parlamento Holandés, uno relativo a la creación de esta entidad, y un proyecto de ley sustantiva previsto de ser aprobado antes del 2014. La nueva entidad tiene como misión principal crear oportunidades y opciones para las empresas como para los consumidores: oportunidades a través de la innovación, nuevos productos, servicios y empresas, y las opciones, porque en ella se encuentra la clave para tener mercados que funcionan bien con las garantías plenas. Su finalidad es que los consumidores tengan opciones reales, puedan elegir libremente y cuenten con la

---

<sup>1096</sup> 103 Besluit van 13 maart 2013, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Disponible en: <http://www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvhwbtbnzpbzcc/vj84esg5qtxh/f=y.pdf> [En línea]. (Consultado 10/09/2013). Decreto donde se estableció que la nueva autoridad empezaría a ejercer sus funciones a partir del 1 de abril de 2013.

<sup>1097</sup> BLACKSTONE WESTBROEK, BRAUW. “New competition authority, new strategy”. Disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=30fd77df-aade-44fa-8aa6-1b068fe6d849> [En línea]. (Consultado 10/12/2013).

<sup>1098</sup> NETHERLANDS COMPETITION AUTHORITY. “Netherlands Authority for Consumers and Markets will not be launched on January 1, 2013”. Disponible en: [http://www.nma.nl/en/documents\\_and\\_publications/press\\_releases/web/2012/41\\_12\\_netherlands\\_authority\\_for\\_consumers\\_and\\_markets\\_will\\_not\\_be\\_launched\\_on\\_january\\_1\\_2013.aspx](http://www.nma.nl/en/documents_and_publications/press_releases/web/2012/41_12_netherlands_authority_for_consumers_and_markets_will_not_be_launched_on_january_1_2013.aspx) [en línea] (Consultado el 28/02/2013).

<sup>1099</sup> SWAAK, CHRISTOF; VIAENE, HENDRIK; WESSELING, REIN; WYTINCK, PETER; BRAEKEN, BAS AND GILLET, DELPHINE. “New Dutch “Authority for Consumers and Markets” becomes operational”. Stibbe. Disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cb70ed0b-0327-4f6d-8c21-5bcd83f2d6f0> [en línea]. (Consultado 13/08/2013).

<sup>1100</sup> NETHERLANDS COMPETITION AUTHORITY. “Green light for the Netherlands Authority for Consumers and Markets”. Disponible en: [http://www.nma.nl/en/documents\\_and\\_publications/press\\_releases/news/2013/05\\_13\\_green\\_light\\_for\\_the\\_netherlands\\_authority\\_for\\_consumers\\_and\\_markets.aspx](http://www.nma.nl/en/documents_and_publications/press_releases/news/2013/05_13_green_light_for_the_netherlands_authority_for_consumers_and_markets.aspx), [en línea] (Consultado en 28/02/2013).

<sup>1101</sup> Establishment Act of the Netherlands Authority for Consumers and Markets

información suficiente respecto de sus derechos. Asimismo, que exista un comercio justo entre las empresas y los consumidores<sup>1102</sup>.

Asimismo, cuenta con la independencia y autonomía característica de cualquier Autoridad Independiente. La ACM se centrará en tres temas principales: la protección de los consumidores, supervisión de los mercados en sectores específicos y control de la competencia.

En cuanto a su estructura cuenta con un Consejo Colegiado, conformado por tres miembros y como funciones a su cargo están: la protección del consumidor, la industria específica de regulación y la competencia de supervisión. En cuanto al personal que la integra, se optó por la fórmula, como indica LÓPEZ GALDÓS<sup>1103</sup>, de refundir al personal de las antiguas Comisiones dentro de la nueva Autoridad; de esta manera muchos de los Directores de las antiguas Autoridades, fueron designados como directores de otro sector de la ACM, logrando de esta manera la utilización apropiada del personal y conseguir de esta forma las economías de escala.

El proyecto adicional de procedimiento tendría que empezar a regir a partir 1 de enero de 2014 (pero todavía no se ha publicado) lo que busca es que exista coherencia en el marco regulatorio, una simplificación de los procedimientos y agilizar los poderes que le han sido asignados a esta entidad, sumado a que se reconoce facultades concurrentes en materia de competencia a cada una de las Direcciones, evitando así duplicidades en los procedimientos, así como contradicciones que pueden darse en el seno de la misma entidad, tomando como referencia el modelo inglés al cual haremos referencia en el último capítulo.

#### **a .Composición**

Tal como lo precisábamos anteriormente, la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM) es un órgano regulador independiente. Su personal debe oficialmente del Ministerio holandés de Asuntos Económicos. El Consejo de la ACM tiene la última palabra en todas las decisiones emitidas por la ACM. Dicho Consejo, tal como se indica en el artículo 3 de la Ley de Creación de la Authority for Consumers & Markets, se compone de un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco miembros, incluyendo al Presidente de la Autoridad. Sus integrantes serán designados atendiendo a la experiencia necesaria para adelantar las tareas asignadas a la entidad y la experiencia.

El mandato del Presidente, será de siete años y los demás miembros del Consejo serán designados para períodos de cinco años, en ambos supuestos, podrán ser reelegidos para el mismo período de tiempo.

En cuanto a su estructura interna, la nueva entidad cuenta con tres departamentos de la ACM, que se centran en los consumidores, la regulación y la competencia; asimismo tendrá un departamento jurídico central, una oficina del economista en jefe, y el departamento de asuntos

---

<sup>1102</sup> <https://www.acm.nl/en/about-acm/mission-vision-strategy/our-mission/>

<sup>1103</sup> LÓPEZ GALDÓS, MARIANELA. *“Proyecto de Ley para...”* Op. cit. Pp. 100.

corporativos de la cual será responsable de (inter) nacional y la estrategia de comunicación y personal de apoyo. Además esta Nueva Comisión cuenta con siete direcciones las cuales son: Dirección de Competencia (Directie Mededinging) actuará sobre cárteles, concentraciones y abusos de posición de dominio sobre sectores no regulados., la Dirección de Energía ( Directie Energie), encargada de supervisar la aplicación de las normas sobre la regulación energética incluidos los abusos de posición dominante, la Dirección General de Telecomunicaciones, Transporte y Servicios Postales (Directie Telecom, Vervoer) encargada de aplicar la normativa específica así como los casos de abuso de posición de dominio; los Consumidores (Directorate Directie Consumenten ) encargada de la aplicación de las normas de defensa del consumidor, y las sanciones y la Dirección de Asuntos Jurídicos ( Directie Sancties en Juridische Zaken )<sup>1104</sup>, encargada de la representación de la autoridad, además de ser la división legal de la entidad<sup>1105</sup>.

#### **b. Funcionamiento**

En cuanto a su funcionamiento, a la espera de la aprobación de Ley que aprueba su organización, la ACM, ha continuado ejerciendo sus funciones conforme a los criterios de las tres Autoridades que concluyen en ella, el de Autoridad de Competencia NMA, la Autoridad de Protección de los consumidores CA y la Autoridad reguladora en materia Telecomunicaciones OPTA, que constituyen los tres pilares de actuación de la ACM, y las direcciones creadas dentro de la misma comisión descritas en el párrafo anterior, que orientarán su trabajo según las tres líneas previstas por las autoridades fusionada.

Otra de las particularidades de la Authority for Consumers & Markets, es que algunos de sus órganos de administración permanecen separados de la nueva entidad, como los departamentos de investigación de medios de comunicación y los juegos de azar<sup>1106</sup>

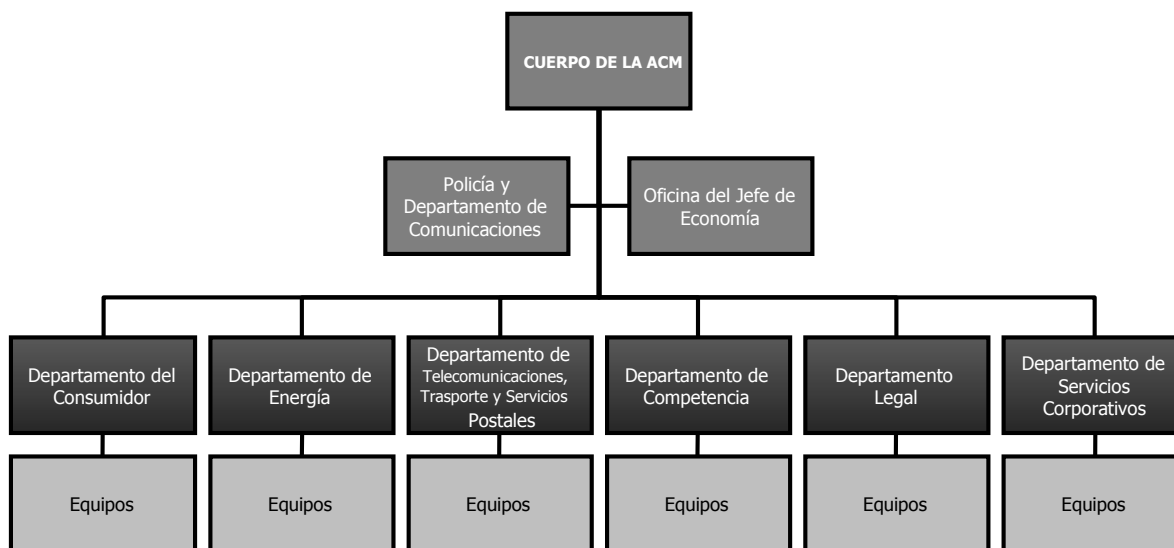
---

<sup>1104</sup> SWAAK, CHRISTOF; VIAENE, HENDRIK; WESSELING, REIN; WYTINCK, PETER; BRAEKEN, BAS y GILLET, DELPHINE. "New Dutch "Authority for Consumers and Markets" becomes operational" de 2 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cb70ed0b-0327-4f6d-8c21-5bcd3f2d6f0> [en línea] (Consultada 11/07/2013)

<sup>1105</sup> *Ibíd.*

<sup>1106</sup> <http://www.jonesday.com/antitrust-alert--the-netherlands-launches-new-consumer-and-market-authority--the-new-dutch-super-regulator-04-04-2013/>

## Estructura Interna de la ACM



**Cuadro 25 - Fuente Consumer and Market Authority (ACM )<sup>1107</sup>: Estructura Interna de la ACM.**

### 4.1.1.3. Modelo del Reino Unido

Si bien no es un modelo de los utilizados por parte del Gobierno Español para la creación de la Nueva Comisión<sup>1108</sup>, el proceso llevado a cabo para la puesta en marcha de la Competition and Markets Authority en adelante CMA, sirve como experiencia en cuanto a que esta Autoridad, se crea como producto de la reforma más trascendental que se ha llevado a cabo en el régimen de Competencia en el Reino Unido en los últimos años. Dicha Comisión incorpora las funciones que eran desempeñadas tanto por la Comisión de Competencia (CC) y una serie de responsabilidades del Office of Fair Trading (OFT), destacándose su régimen de transición y los diversos mecanismos que fueron tenidos en cuenta para la transferencia de funciones de ambas entidades a la CMA.

La Autoridad, se crea mediante la Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 de 25 de abril<sup>1109</sup>, cuya finalidad es la de promover la competencia efectiva en los mercados en toda la economía del Reino Unido y tienen un papel fundamental y complementario para la protección al consumidor. CMA se estableció en octubre de 2013 como una Autoridad *a la sombra*, mientras se realizaba la transferencia de funciones, se establecía su procedimiento, empezando a desempeñar todas sus competencias desde el 1 de abril de 2014. La particularidad de esta

<sup>1107</sup> <https://www.acm.nl/en/about-acm/our-organization/organizational-structure/>

<sup>1108</sup> OGLETHORPE, KATY. *Spain. The painful birth...* Op. cit. Pp. 33.

<sup>1109</sup> Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 CHAPTER 24. Disponible en: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/pdfs/ukpga\\_20130024\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/pdfs/ukpga_20130024_en.pdf) [En línea] (Consultado 25/03/2014).



entidad, en primer lugar, es que se incorpora dentro de los departamentos gubernamentales no ministeriales o los denominados non-ministerial government departments, lo cual permite garantizar su independencia, lo que le permite utilizar de una manera más libre sus propios recursos, dar prioridad a sus propios planes anuales de actividad, y, en cuanto a su régimen de responsabilidad, se establece que será responsable ante el Comité de Cuentas Públicas<sup>1110</sup>.

La CMA será única Autoridad de Competencia del Reino Unido, con el deber de tratar de promover la competencia en beneficio de los consumidores, para lo cual deberá adoptar decisiones de la manera más oportuna, sin reducción de la calidad. Va a ser un poderoso defensor de la competencia a través de la economía del Reino Unido, Europa y el mundo, y tendrá una compenetración importante con los reguladores del sector a través de la puesta en marcha de nuevos mecanismos de cooperación reforzada. La posibilidad de contar con una única Autoridad de Competencia, permitirá una aplicación coherente en la aplicación de la competencia y un enfoque más racional para la toma de decisiones; por consiguiente los procesos serán en adelante más rápidos y menos onerosos para los negocios y se contará con una entidad lo suficientemente especializada en materia de competencia y un modelo a seguir por parte de las Autoridades de Competencia en la Unión Europea.

#### **a. Justificaciones de la Reforma**

A partir del año 2012, el Departamento de Negocios, Innovación y Habilidades (BIS), del Reino Unido, producto de una serie de informes y de análisis que le llevó a presentar a consideración la propuesta de una reforma al régimen de competencia del Reino Unido. Se partía de la necesaria fusión tanto de la OFT con de la CC, para crear una nueva autoridad en materia de la competencia y de los mercados. Fundamentado todo ello en la existencia de procedimientos paralelos para la división de los asuntos en materia de la Competencia entre las dos Autoridades, en la problemática referida la aplicación de la Competition Act 1998 respecto a los procedimientos relacionados con conductas antimonopolio y en los inconvenientes manifestados respecto a la notificación voluntaria de las fusiones (atendiendo a la competencia compartida entre la OIT que inicialmente de analizar el proceso y la segunda parte encomendada a la Competition Commission encargada de determinar la viabilidad de la fusión y los remedios a imponer para evitar la concreción de efectos dañinos en el mercados); en muchas ocasiones OFT adelantaba la totalidad del proceso desconociendo las atribuciones dadas a la CC sobre esta materia y los problemas derivados para la elaboración de los estudios de mercado e investigaciones de mercado.

---

<sup>1110</sup> DEPARTMENT OF BUSSINESS INNOVATION ANS SKILLS. Enterprise and Regulatory Reform Act 2013. Policy Papper. June 20013. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/209896/bis-13-905-enterprise-and-regulatory-reform-act-2013-policy.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/209896/bis-13-905-enterprise-and-regulatory-reform-act-2013-policy.pdf) [en línea]. (Consultado 26/03/2014).

Antes de la reforma el modelo de competencia en el Reino Unido, contaba con las siguientes autoridades con las siguientes atribuciones y particularidades<sup>1111</sup>:

OFFICE OF FAIR TRADING (OFT)	COMISIÓN DE COMPETENCIA (CC),	REGULADORES SECTORIALES	CONCURSO APPEAL TRIBUNAL (CAT)
Función: encargado en particular de defensa de la competencia aplicación y para la primera fase de la fusión y comercializa los casos.	Función: responsable de la fusión de la segunda fase y investigaciones de mercado y, en los casos apropiados, para la imposición de remedios a los efectos contrarios a la competencia encontrados.	Aplicación de facultades concurrentes para aplicar las prohibiciones antimonopolio	Órgano judicial especializado, que conoce de los recursos y decide determinados casos relacionados con la competencia o económica cuestiones reglamentarias.

**Cuadro 26 - Fuente Seely Antony: Modelo de Competencia en el Reino Unido, Autoridades (Atribuciones y Particularidades).**

Dicha propuesta fue sometida a consulta, con el fin de precisar cuál era la percepción que se tenía de una posible reforma al régimen de competencia y qué tipo de mecanismos serían los más óptimos para combatir las conductas contrarias a la libre competencia; partiendo de la premisa que es la competencia es un motor clave para el crecimiento y uno de los pilares de una economía, se hace necesario contar con un régimen adecuado y sólido en materia de competencia<sup>1112</sup>, por lo que se hace indispensable contar con una sola única autoridad, que permita asegurar los negocios de manera eficiente e innovadora y por consiguiente crear la confianza suficiente para la creación de empresas en el Reino Unido.

Todo este proceso culmina con la creación de la CMA que tendrá el deber de tratar de promover la competencia, tanto dentro como fuera del Reino Unido, cuya finalidad es tanto evitar los comportamientos anticompetitivos, como asegurar el adecuado comportamiento de los mercados en beneficio de los consumidores, y su papel nacional e internacional en materia de la promoción de la competencia<sup>1113</sup>.

Su puesta en marcha como lo habíamos anunciado, se optó por un sistema de *Comisión a la sombra*, mientras se transferían efectivamente todas y cada una de las competencias tanto de la OFT y de la CC a partir del primero de abril, fecha en la cual ambas desaparecería. Desde la creación de la Autoridad hasta su puesta en marcha, se realizaron varias consultas públicas, cuya finalidad era la determinar el alcance de la CMA y la percepción sobre la nueva entidad, durante el período comprendido desde el mes de julio al mes de septiembre de 2013 y una

<sup>1111</sup> SEELY, ANTONY. *The UK competition regime - Commons Library Standard Note* 25 April 2014 | Standard notes SN04814. Disponible en: <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN04814/the-uk-competition-regime>. [En línea]. (Consultado 26/04/2014).

<sup>1112</sup> DEPARTAMENT OF BUSSINESS INNOVATION ANS SKILLS. *Enterprise and ...Op. cit.* Pp. 14 y ss.

<sup>1113</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). *New competition authority to make markets work well for consumers, business and the economy*, 1 April 2014. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/new-competition-authority-to-make-markets-work-well-for-consumers-business-and-the-economy> [En línea]. (Consultado 25/04/2014).

segunda etapa de consulta que se llevo a cabo desde el mes la segunda quincena del mes de septiembre hasta la primera semana de noviembre. Paralelamente a este sistema de consultas, se llevaron a cabo diversas reuniones entre los Directores de ambas entidades, así como la presentación de los informes por parte de los equipos de ambas entidades a efectos de precisar las actividades y resultados por cada uno y la línea a seguir en la Nueva Autoridad atendiendo a los objetivos y finalidades propuestos en la fusión.

El 28 de marzo de 2014, la CMA publica Reglas de Procedimiento para la fusión CMA, que es resultado de la consulta realizada en el período del febrero 21 a marzo 18, antes de la puesta en marcha de la Autoridad.

#### **b. Competencias Atribuidas**

Atendiendo a lo previsto en la ley, la Autoridad de Competencia asume las siguientes funciones<sup>1114</sup>

1. Analizar las fusiones que pretenden realizarse en el Reino Unido
2. Realizar estudios de mercado
3. La investigación de posibles violaciones de las prohibiciones contra los acuerdos contrarios a la competencia
4. Ejercitar la acción penal contra las personas que hayan creado carteles
5. Aplicación de la legislación de protección del consumidor (aspecto que se desarrollara posteriormente)
6. El ejercicio de facultades concurrentes con los reguladores y el uso por parte de estos de dichas facultades.

#### **c. Particularidades de la Reforma, aumento de las herramientas para la defensa de la competencia**

1. La posibilidad que tiene la Autoridad de realizar investigaciones respecto de aquellas prácticas que inciden en más de un mercado, lo cual le permitirá establecer mecanismos uniformes en todos los sectores, respecto de aquellas prácticas contrarias a la competencia.
2. Modificación en cuanto a los plazos con la finalidad de que el procedimiento en materia de competencia sea aun más ágil, lo cual permite garantizar la seguridad jurídica. A tal efecto, se precisan que los plazos legales serán de 6 meses dedicado a consultas sobre la decisión de hacer una investigación de mercado de referencia y 12 meses para

---

<sup>1114</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). *Vision, values and strategy from the CMA*.

Disponible:

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/274059/CMA13\\_Vision\\_and\\_Values\\_Strategy\\_document.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/274059/CMA13_Vision_and_Values_Strategy_document.pdf) [En línea] (Consultado 26/04/2014).

concluir todos los estudios de mercado; y reducirá los plazos legales existentes para completar las investigaciones de mercado de 24 a 18 meses. Esto se sustenta en la recopilación de información poderes en todas las etapas del régimen de mercados.

3. El análisis de las fusiones, para lo cual se fortalece el régimen existente, para tal efecto, se le otorga a la Autoridad la posibilidad de suspender todas las medidas de integración en un proyecto de fusión, así como la posibilidad de intervenir en aquellas etapas que se han producido. La finalidad del fortalecimiento de estos mecanismos en materia de fusiones viene dada para evitar fusiones que pueden afectar gravemente el mercado, por lo tanto se considera que es conveniente detenerlas o intervenirlas; de esta manera se da solución a los problemas derivados por la división entre dos fases previsto en el régimen anterior, donde se asignaban tareas de análisis por parte de la OFT y la CC, en una sola entidad, lo cual habilita a la Autoridad en un primer momento intervenir de forma inmediata la fusión y posteriormente determinar si se puede o no permitir la fusión.
4. Creación de un régimen antimonopolio más fuerte. Se refuerzan aun más los poderes y los mecanismos para la toma de las decisiones conforme al catalogo de prohibiciones previstas en la Competition Act de 1998; algunas de las modificaciones se incorporaron posteriormente a través de modificaciones a las otras leyes, lo que se busca es que exista una separación efectiva entre la investigación de los asuntos y la toma de decisión sobre ellos. Se pretende incorporar la figura de un Conciliador Procesal para manejar las quejas y nuevos poderes para la Autoridad con el fin de aumentar la eficiencia en la realización de investigaciones y una mayor transparencia en la toma de decisiones.
5. La Autoridad de la Competencia y Mercados tendrá la facultad de imponer sanciones pecuniarias civiles a las partes que no cumplan con ciertos requisitos formales durante las investigaciones antimonopolio. En lo que corresponde a las sanciones de tipo penal, estas solo serán impuestas en determinados supuestos como cuando se trate de obstruir intencionalmente la entrada a los locales y la falsificación, destrucción de documentos, etc., en los demás supuestos no habrá lugar a la imposición de la sanción. Esto debería proporcionar un elemento de disuasión más eficaz a la falta de cooperación
6. En cuanto a las competencias concurrentes en materia de competencia por parte de los reguladores, la reforma aprobada, busca fomentar una cooperación más estrecha entre las autoridades sectoriales y la Autoridad de Competencia, para lo cual, se invita a los organismos sectoriales a hacer un uso más proactivo de dichos poderes. Lo que se pretende es que el regulador verifique los casos a la luz de la Ley de Competencia, antes de recurrir a sus propios mecanismos. La autoridad de Competencia informará anualmente sobre el uso de dichas facultades. También en virtud de la nueva reglamentación y previa consulta al regulador pertinente, tendrá la posibilidad de

definir cuál será organismo que podrá adelantar dicha investigación Por último, la Ley otorga al Secretario de Estado el poder, siguiendo los procedimientos de notificación y consulta, para retirar los poderes de la competencia concurrente de un regulador, cuando no ha hecho uso efectivo de los mismos, a fin de fortalecer la promoción de la competencia en beneficio de los consumidores<sup>1115</sup>.

#### 4.1.2. Informes de Diagnóstico de los Organismos Reguladores y Propuestas de Reforma

##### **4.1.2.1. Informe del Consejo de Ministros**

El primer informe no precisaba como sería su composición, su número de miembros, ni tampoco su estructura (principal de crítica por diversas parte de las Comisiones en los diversos informes), solamente se puede inferir que es necesaria una reforma y que varios países han unificado sus reguladores en aras de ser más eficientes, evitar duplicidad de funciones y de soluciones contrarias; pero destaca los fundamentos o razones por las cuales se debe pasar de un modelo sectorial a un modelo de convergencia (debe entenderse que la convergencia no es entendida como un modelo en que los reguladores íntimamente unidos o con criterios similares se agrupan en una sola entidad como sucede en el caso Alemán en la Agencia Federal de la Red<sup>1116</sup>, donde su elemento común son las redes, sino que responde al fenómeno de integración en un Único Organismo, donde confluyen las Autoridades Reguladoras con la Autoridad de Competencia) y que se ven replicados en los objetivos del Proyecto remitido al Congreso de los Diputados y en la Memoria de Impacto, precisando que con este proyecto lo que se busca en fin es aumentar eficiencia del sector Público y aumentar la seguridad jurídica y la eficiencia política de competencia y de protección al consumidor. Paulatinamente conforme a la recepción de informes y en curso del trámite legislativo su estructura y número de miembros y principales funciones se fueron perfilando, aspectos a los que haremos referencia en análisis de cada uno aspectos consagrados en la Ley.

De este informe se precisa que en aras de optimizar las economías a escala, y aumentar la independencia de los organismos reguladores, era necesario, reducir el número de entidades, así como de sus órganos directivos y potenciar el uso de los servicios de apoyo, lo que lleva o bien a la eliminación de estas entidades, lo que lleva implícito el cese de los miembros de los órganos de gobierno, nombrados por la anterior Gobierno. La creación de una nueva entidad,

---

<sup>1115</sup> DEPARTAMENT OF BUSSINESS INNOVATION ANS SKILLS. *Enterprise and ...* Op. cit. Pp. 18.

<sup>1116</sup> Sobre el particular es necesario traer a colación, las palabras que sobre la creación de la Comisión fueron pronunciadas por el Ministro de Economía y Competitividad. Luis de Guindos, quien afirma: “*el Gobierno persigue con su reforma de los organismos supervisores tres objetivos: clarificar las competencias al pasar a un nivel de supervisión multisectorial como el alemán, potenciar las sinergias y el ahorro, y mejorar la calidad supervisora y su profesionalidad.*”

Al respecto, De Guindos ha destacado que con esta reforma se atraerán más inversiones.” “*De Guindos dice que con la reforma de supervisores se gana en transparencia*” Disponible en: <http://www.expansion.com/agencia/efe/2012/04/24/17187208.html>. [En línea]. (Consultada el 10/05/2012)

conforme a los parámetros tenidos en cuenta en el derecho comparado para la fusión de organismos permitiría no solo permitiría una reducción significativa de los costes en el funcionamiento de esta entidad, la cual sería más independiente y profesional, aspectos a los que haremos referencia posteriormente.

A juicio del informe del Ministerio de la Presidencia, este modelo tiene dos grandes ventajas, por las cuales se adoptó es nuevo regulatorio, lo cual deberá garantizar el funcionamiento efectivo de los mercados y la defensa de los intereses públicos<sup>1117</sup>:

1. **Mayor eficiencia en la supervisión** de la competencia en los mercados: la “antigua” Autoridad de Competencia pasa a contar con el input directo de los reguladores sectoriales, lo que permite ejercer un control continuo sobre sus respectivos sectores a través de instrumentos de procesamiento de datos más potentes.
2. **Mayor eficacia en la regulación ex – ante** de los distintos sectores: los “antiguos” reguladores sectoriales pueden beneficiarse de la experiencia de la Autoridad de Competencia en relación con qué se considera mercado relevante o abuso de posición de dominio, lo que hace la regulación más favorable a la competencia<sup>1118</sup>.

#### **4.1.2.2. Informe PwC**

El segundo informe presenta un estudio detallado de la situación actual de los Organismos Reguladores<sup>1119</sup>, los aspectos claves a reformar, los modelos existentes en el derecho

---

<sup>1117</sup> Disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01\\_2012/nl\\_acm.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2012/nl_acm.pdf) [En línea] (Consultado 20/03/2012).

<sup>1118</sup> BETANCORT, ANDRÉS. “Mínimos Reguladores”,...Op. cit. Pp. 38. quien indica lo siguiente respecto a la unificación, como un mecanismo para contar con una debida aplicación de las reglas provenientes del Derecho de la Competencia.: “La soledad del regulador, sostén de la independencia, se pretende corregir, según algunas iniciativas políticas anunciadas, por la vía de la unificación de reguladores. No sólo razones económicas, sino también jurídicas y políticas, podrían aconsejar dicha operación. El problema se plantea en el cómo llevarla a cabo. Hay una diferenciación entre los reguladores “ex ante” y los “ex post”. Estos últimos serían los de defensa de la competencia. La combinación entre unos y otros podría plantear problemas, pero mayores han sido los problemas de mantenerlos separados en relación con los ámbitos en los que actúan los reguladores “ex ante”. No hay obstáculos teóricos a que, en ciertos ámbitos, se unifiquen unos y otros en virtud de que atienden los problemas de competencia, aunque con diversas armas (reglamentaria y sancionadora, esencialmente).”

<sup>1119</sup> Expansión. “Consejo asesor. Reguladores y supervisores independientes”. En: El Sueño de Jardiel. Blog de Manuel Conthe. Disponible en: <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2012/08/17/reguladores-financieros-y-supervisores.html>[en línea]. (Consultado 18/08/2012), donde se analizó el papel de los organismos reguladores y supervisores en España, D. Juan Quintás y de D. Gaspar Ariño. En lo que se refiere a la reforma de los organismos reguladores, la conclusión a la que se llegó es que el modelo propuesto es antitécnico y que la reducción en los costes que supuestamente pretende ser alcanzados tras la creación de un súper regulador pueden ser superiores por la pérdida de la calidad de la regulación, de la especialidad, de los conocimientos adquiridos por los reguladores sectoriales y de una posible regulación deficiente por no conocer las particularidades de cada red, sobre el particular estos dos expertos afirman:

“- Es una iniciativa "anti-histórica", que devuelva competencias regulatorias al Gobierno y suscita el riesgo de que sean ejercidas con menor profesionalidad y neutralidad.

comparado y el nuevo modelo de organización con el que debería contar España, el cual integra en un solo organismo regulador la Autoridad de Competencia y los distintos Reguladores Sectoriales, atendiendo que es imprescindible contar con especialidad técnica para la toma de decisiones y la regulación de cada sector económico (vale la pena precisar que el modelo aquí propuesto es muy similar al que se encuentra recogido en Proyecto de Ley y en Proyecto Final), el cual contribuye a la mejora de la calidad de la supervisión y de la regulación sectorial<sup>1120</sup>

En este informe se alude a la existencia de diferentes modelos de organización de las Autoridades Independientes, destacando la existencia de las Agencias Regulatorias Sectoriales y las Agencias Multisectoriales, destacando que estas últimas reducen la captura por parte de los agentes del sector, atendiendo a la estructura de estos organismos ya que los cuales cuentan con diferentes departamentos y cada uno representa un sector de cada industria. Lo que implica que la captura sea menor, así como la posible captura de este organismo por parte del Ejecutivo, atendiendo a que el regulador concentra varios sectores, lo cual deriva en una mayor independencia para la toma de sus decisiones correspondientes a cada sector evitando injerencias por parte del Gobierno, tal como se precisa en el siguiente cuadro, donde se presentan las fortalezas de las agencias multisectoriales, respecto a las agencias sectoriales<sup>1121</sup>:

---

*- Las pretendidas ventajas de las fusiones no son significativas: el ahorro de costes será escaso; y las "sinergias" limitadas, porque los problemas que suscita la regulación de las distintas redes (eléctrica, de telecomunicaciones, ferroviaria...) son muy distintos.*

*- La integración de los reguladores sectoriales con la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) no tiene ningún precedente significativo, e ignora sus profundas diferencias: los primeros tienen siempre una actitud "pro-activa" y persiguen como objetivos la eficiencia, la innovación o el servicio universal; mientras que la CNC se ocupa exclusivamente de defender la competencia, en gran medida con actuaciones sancionadoras, de carácter reactivo.*

*- Parece estar basado en el informe preparado por PwC por encargo de Telefónica, a quien no le agrada la actuación de su regulador sectorial y de la CNC.*

...

*Pero, sin descartar que sea posible una cierta racionalización de las actuales Comisiones, la impresión general fue que el Anteproyecto no tiene justificación suficiente en la idea esencial que parece animarlo: evitar la "captura" de los reguladores especializados por el propio sector que deben regular."*

<sup>1120</sup> PROGRAMA NACIONAL DE REFORMA. ESPAÑA 2012. Op. cit. Pp. 225 y ss. A juicio del Gobierno la existencia de diferentes reguladores deriva la existencia de diferentes tipos de regulación, los cuales no cuentan con ningún tipo de coordinación entre los mismos generando fallos estructurales en los mercados atendiendo a la adopción de diversos criterios para la solución de las diversas controversias que se pueden originar en los sectores reguladores, costes significativos para la administración y los ciudadanos.

<sup>1121</sup> En este informe se hace referencia a las fortalezas de las Agencias Regulatorias Sectoriales y Multisectoriales, teoría que fue expuesta por CORDOVA, CÉSAR y HANLON, DEIRDRE. "Regulatory governance: improving the institutional basis for sectoral regulators", OECD Journal on Budgeting, vol. 2, No. 3. 2002; SMITH, WARRICK. "Utility regulators- The independence debate". En Public Policy for the private sector, No 127. Octubre. The World Bank Group, 1997 y SPYRELLI, CHRISTINA, "Regulating the regulators? An assessment of institutional structures and procedural rules of national regulatory authorities", International Journal of Communications Law and Policy, No. 8, 2003.

MULTISECTORIAL	SECTORIAL
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Invulnerabilidad a agendas individuales.</li> <li>• Invulnerabilidad a influencias por parte de los grupos de presión.</li> <li>• Capacidad para reflejar perspectivas múltiples en la toma de decisiones.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rapidez de la decisión.</li> <li>• Rendición de cuentas de las decisiones tomadas.</li> <li>• Predictibilidad de las decisiones.</li> </ul>

**Cuadro 27 - Fuente Informe PwC de 2012: Fortalezas de las Agencias Multisectoriales Respecto a las Agencias Sectoriales.**

El informe elaborado por PwC, va más allá y elabora un modelo regulatorio, que toma como referencia modelo Alemán el cual cuanta con un único regulador para los servicios en Red y la Autoridad de Competencia y en modelo Holandés, siendo el modelo más novedoso, ya que integra en un solo organismo, tanto las funciones de Regulación, Protección de los Usuarios y Derecho de la Competencia, constituyéndose en el punto de partida del modelo aprobado, en cuanto a su estructura.

El modelo elaborado sería acorde a las Directivas Comunitarias, en atención a que permite garantizar no solamente la independencia respecto a los otros organismos, la posibilidad de que sus decisiones puedan ser recurribles ante los jueces y que las decisiones sean transparentes e imparciales<sup>1122</sup>. Estos objetivos están previstos en la Directiva 2009/140/CE, en se agrupan las funciones desempeñadas por los Organismos Reguladores CMT, CNE, CNSP, Autoridad de Competencia CNC y de las Comisiones pendientes de Creación CEMA, CNJ, CREA<sup>1123</sup>, cuyas funciones y potestades serían ejercidas por tres cámaras dedicadas a tres sectores específicos Comunicaciones electrónicas, audiovisual y postal; energía y transporte y que de acuerdo con el modelo propuesto serían los encargados de adoptar todas las decisiones aplicables a los agentes económicos, de acuerdo al marco normativo previsto para los organismos reguladores independientes<sup>1124</sup>. En cuanto a la composición de estas cámaras, se señala que estarían conformadas por tres miembros del pleno del Consejo, los cuales deberán ser expertos en el sector regulado y una Dirección de Investigación de la Competencia, que en dicho modelo mantendría todas las atribuciones y competencias dadas en la Ley de Competencia, Ley 15

<sup>1122</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo... Óp. cit. 34.

<sup>1123</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS. Op. cit. Pp.7. Donde se precisa que si bien existen otras entidades que corresponden a la denominación de Autoridades Administrativas Independientes como lo son el Banco de España, el Consejo de Seguridad Nuclear y la Comisión Nacional de los Mercados, las funciones encomendadas no corresponden a las funciones los organismos que se reunifican en un solo organismos regulador, cuya principal función es la velar por el funcionamiento correcto, la transparencia y la libre concurrencia de los mercados

<sup>1124</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo... Op. Cit. Pp. 32 y ss.



/2007, y cuyas decisiones son adoptadas por el Pleno del Consejo a diferencia de las decisiones que son adoptadas por parte de las otras cámaras<sup>1125</sup>.

En cuanto a la estructura se indica que esta entidad contará con un Consejo integrado por 7 a 9 miembros, designados por el Parlamento, para un período mínimo de 5 años y máximo de 7 años, lo que permitiría garantizar su independencia orgánica

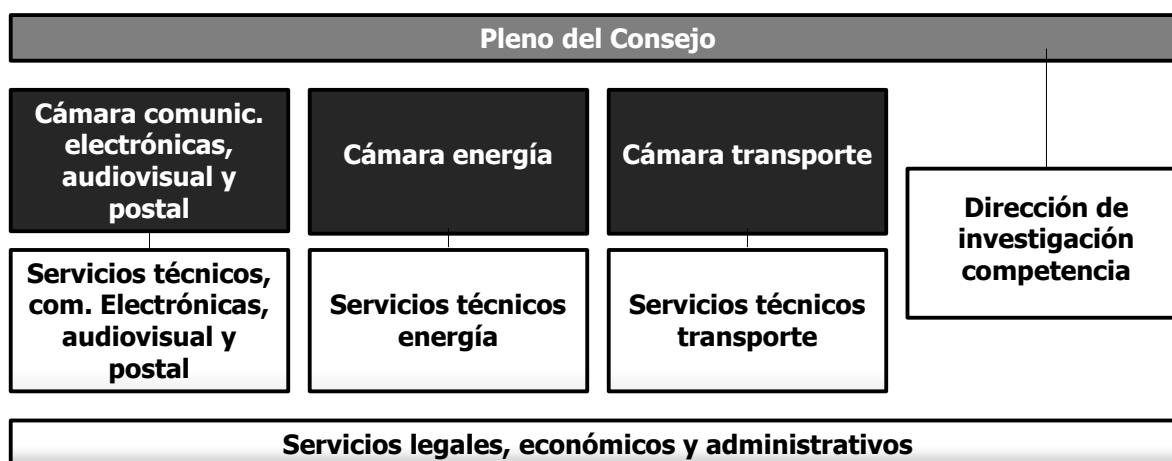
En lo referente a los controles y mecanismos de revisión de las decisiones realizadas por las cámaras estas podrán ser recurridas ante el Pleno del Consejo, quien resolvería por mayoría los asuntos o por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Se precisa que todas las decisiones que sean adoptadas por el Pleno del Consejo podrán recurrirse ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Hay que mencionar una figura que ha sido cuestionada en otros latitudes, como es la del veto de los Ministros competentes, lo que ha sido considerado como una trasgresión a la independencia y autonomía con la que cuentan estos organismos reguladores. El modelo que sirve de soporte tanto a los Anteproyectos como al Proyecto definitivo remitido a las Cortes, considera como un criterio excepcional la posibilidad del veto a las decisiones que pretenden ser adoptadas, salvo supuestos estrictamente tasados cuando a juicio del Gobierno o del Ministerio al cual se encuentre adscrito la Cámara, pueda considerar que por razones de seguridad pública o interés público, la resolución o el proyecto resolutorio no debe ser publicado, tal como sucede en el modelo Francés; pero producto de las enmiendas presentadas al mismo, se incorpora la posibilidad de veto por parte del Congreso respecto a los nombramientos de los Consejeros. Es pues fácil inferir la incidencia del informe elaborado por PWC en todas y cada una de las etapas de la formación de la Ley por la cual se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Se reitera el mismo sistema de controles tanto por el Parlamento y como las Autoridades Judiciales, tal como había sido incorporado en la Ley de Economía Sostenible, aspecto sobre el cual no se hicieron muchos cambios, salvo el criterio anteriormente expuesto.

---

<sup>1125</sup> La falta de estudios económicos y jurídicos, lo suficientemente sólidos que acompañen el proyecto, no permiten justificar las razones del cambio y sí realizar diversas afirmaciones señalando los principales inconvenientes, así como, un listado más o menos exhaustivos de críticas respecto a los inconvenientes de contar con un macro organismo regulatorio, el cual no cuenta con un modelo comparativo del cual se puedan inferir las ventajas y desventajas del mismo. Tal vez el problema radica en la calidad de la regulación más no en los órganos tal como se afirma en el informe de Círculo Cívico de Opinión. Cuaderno. Op. cit. Pp. 15. *“Por último, la parte importante de los problemas de la regulación económica en España que el Anteproyecto no atiende, y el Gobierno probablemente ha dejado para más adelante, es la relativa a la calidad de la función de regulación. Las empresas, para desarrollar su actividad de un modo adecuado, necesitan no sólo que los sectores económicos en los que actúan estén supervisados por organismos eficientes y bien dotados, sino también que acomoden sus decisiones a los principios de claridad, transparencia, participación, racionalidad, estabilidad, predecibilidad, responsabilidad, proporcionalidad, simplificación, etc., todos los cuales influyen decisivamente en la seguridad de las inversiones, y en el desarrollo y cumplimiento de los objetivos que los operadores económicos se proponen alcanzar.”*



Cuadro 28 - Fuente Informe PwC de 2012: Pleno del Consejo, Modelo Propuesto.

En síntesis, cada uno de estos informes da respuesta a la propuesta de reforma del Gobierno, cuyo objetivo es favorecer la competitividad de las empresas españolas a través de la flexibilización de los mercados, la reducción de las trabas administrativas, la simplificación regulatoria y la austeridad y profesionalidad del Sector Público, de allí que se considere indispensable pasar de una regulación multisectorial a la de un *único regulador supervisor de los mercados y de la competencia*<sup>1127</sup>, permitiendo alcanzar los cuatro objetivos específicos, señalados en el mencionado Consejo de Ministros<sup>1128</sup> y que se replican en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2014:

1. Reducir el número de organismos
2. Clasificar y reordenar sus competencias
3. Simplificar su estructura y funcionamiento
4. Garantizar su profesionalidad, neutralidad e independencia.

<sup>1126</sup> Ibídem. Pp. 32.

<sup>1127</sup> Solo en la rueda de prensa celebrada el día 24 de febrero de 2012.

<sup>1128</sup> Consejo de Ministro de 20 de enero de 2012. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/240212-enlacesupervisores.htm> [En línea] (consultado 18/03/2012).

## 4.2. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA

En la Memoria de Análisis<sup>1129</sup>, que acompaña al Proyecto de Ley, se vienen a precisar los aspectos fundamentales por los cuales se debe crear un único ente que agrupa la totalidad o la mayoría de competencias de los Organismos Reguladores existentes.

Dicha reforma se justifica en los siguientes aspectos:

1. La creación de diversos organismos reguladores y su repercusión en el Presupuesto General del Estado, de allí que justifique la simplificación del modelo y la reducción de los miembros de los Órganos de Gobierno y del Presidente que constituían a dichos organismo. La integración en una sola entidad no solo garantiza una reducción de los integrantes del Consejo y por consiguiente una Comisión más austera en sus gastos, derivados también por la devolución de las competencias administrativas a los Ministerios.

Vale la pena precisar que lo que la justifica Memoria precisa aspectos respecto al impacto económico y presupuestario<sup>1130</sup>, pero es necesario indicar que las economías a los que se alude en la Memoria de Impacto aluden a un ahorro significativo mediante la supresión de 50 cargos de consejeros<sup>1131</sup>, (pero incluyendo a los consejeros de Comisiones que aún no se habían creado al momento de la elaboración de los distintos anteproyectos ni del Proyecto definitivo y que ,por consiguiente, no tienen repercusión alguna en el Presupuesto General del Estado, es decir tenían un coste cero). Nos dice:

*“(…) Analizar los impactos económicos y presupuestarios. El primero, en términos generales, señalando los beneficios que reportará la norma para una economía de mayor competencia y las mejoras de la intervención pública en estos sectores. En cuanto a los efectos la intervención pública en estos sectores. En cuanto a los efectos presupuestarios, distingue: (i) en los Presupuestos Generales del Estado (PGE) supondrá: un “coste inmediato de la puesta en marcha del organismo”; un “coste de la asunción de las competencias por parte de los departamentos ministeriales”- como consecuencia de la reasignación competencial que se lleva a cabo por el anteproyecto- y un “impacto positivo como consecuencia de la integración en el Patrimonio del Estado de los bienes sobrantes de la fusión”; (ii) en los organismos supervisores, la reforma conducirá a un “ahorro neto que fundamentalmente se transformará, en el medio plazo, en una menor carga impositiva para las empresas, considerando que la financiación de estos organismos se realiza en su práctica totalidad a través de los ingresos por tasas, salvo la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal” y (iii) “en conjunto, considerando*

---

<sup>1129</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO. Op. cit. Pp. 8.

<sup>1130</sup> MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. PROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Madrid, 10 de Octubre de 2012.

<sup>1131</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op. cit. Pp. 63 La reducción de costes implica una cuantificación de 28 millones de euros, que se ven reflejados en la nueva estructura de la Comisión.

*el impacto en los Presupuestos Generales Estado y en el gasto anual de los organismos, se considera que le reforma producirá un ahorro a medio plazo con la subsiguiente menor carga impositiva. No obstante, los retornos para el sector público son mayores gracias a las ganancias de eficacia en la política de competencia que se alcanzarán”.*

En lo que respecta al ahorro que se dará producto de la reforma este documento vino a señalar<sup>11321133</sup>:

*Calcula después el ahorro estimado como consecuencia de la reformas: (i) el ahorro bruto se prevé en torno a los 28.155.234 euros (por tres conceptos: no puesta en funcionamiento del CEMA; CNJ y CREA: 18.745.541 euros; supresión de altos cargos: 3.589.187 euros [en otro lugar, lo estima en 5.225.440 euros]; y ahorro por funcionamiento más eficiente a causa de la integración: 5.820.596 euros [reducción del 10% de los gastos de funcionamiento actuales]; (ii) mientras que el ahorro neto de la reforma pasaría por contar con una estimación exacta de la integración y puesta en funcionamiento del orgánico de su presupuesto, así como del incremento de los gastos ministeriales. No obstante, tomando como referencia la información de los departamentos implicados – que obra en el expediente [cfr. Apartado E) anterior]-, puede estimarse que el coste actual de la gestión ordinaria de los organismos (75.315.159 euros) es superior a la suma del coste que supondrán las nuevas funciones ministeriales y la gestión de la CNMC (9.112.627 y 49.693.334, respectivamente); y ello sin contar con el ahorro neto de la supresión de altos cargos, cuyo número pasa de 104.509 euros, supondría un ahorro comparativo de 4.284.860 euros<sup>1134</sup>*

<sup>1132</sup> Europaexpress. “La Nueva Comisión tendrá casi 50 millones de gastos”. Disponible en: <http://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-gobierno-calcula-fusion-siete-organismos-supervisores-supondra-ahorro-2815-millones-20121016194924.html> [en línea]. (Consultado 17/10/2012). Sobre el particular el Gobierno tal como lo precisa en la nota de prensa, tienen como principal fuente el análisis y los cálculos realizados analizando cada uno de los costes que implica la creación de la nueva entidad, precisando la puesta en marcha de la nueva Comisión, el coste del traspaso de ciertas funciones actualmente en manos de los organismos supervisores a sus Ministerios correspondientes, los ahorros provenientes de la desaparición de los actuales organismos y los ingresos que generarán las nuevas tasas que recoge el proyecto de ley.

La cuantificación de estos ahorros a juicio del Gobierno y como consta en la memoria suponen una cifra aproximada de 28,15 millones de euros, de los que 18,75 millones procederían de la no puesta en funcionamiento del CEMA, la CREA y el Consejo Nacional del Juego (CNJ), tal como se precisa en el Dictamen del Consejo de Estado respecto al Anteproyecto remitido.

En lo que corresponde a la eliminación de los altos cargos, el ahorro se cuantifica en 9,41 millones anuales de ahorro, atendiendo a que se pasará de 50 a 9 consejeros, como se indica en el Proyecto remitido a las Cortes lo que significa un ahorro de 3,59 millones de ahorro.

En cuanto al ahorro en gastos de funcionamiento se precisa, “ascenderá a 5,82 millones, partiendo de una estimación conservadora”, según la cual “las economías de escala podrían suponer sólo el 10% de los gastos de funcionamiento actuales. Si se amplía la estimación al 15% el ahorro potencial se eleva a los 8,73 millones y si se incrementa hasta el 20%, se podrían ahorrar hasta 11,64 millones al año. Además, la supresión del CEMA, el CNJ y la CREA supondrá un ahorro bruto en gastos de funcionamiento de 17,11 millones por ejercicio”.

<sup>1133</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO. 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012.

<sup>1134</sup> El numeral 4.2. B. titulado Impacto presupuestario de la Memoria. Op. Cit. 40, indica que la reforma tendrá tres impactos a saber:

- Coste inmediato de la puesta en marcha del organismo

2. La falta de coordinación existente entre la Autoridad de Competencia CNC y los Organismos Regulatorios OR a pesar la previsión legal contemplada en artículo 24 de la Ley de Economía Sostenible<sup>1135</sup>, que estableció una serie de mecanismos de cooperación orientados evitar duplicidades en los procedimientos y por consiguiente resoluciones adversas o contrarias, respetando las competencias de cada uno.

Si bien los reguladores sectoriales actúan *ex ante* y la Comisión de Competencia actúe posteriormente, la aplicación y determinación de los mercados y otros aspectos implican que exista una política coordinada, la cual no se dio implicando resoluciones contrarias o adversas por la ausencia de coordinación entre estas entidades.

Lo anterior, confluye en cuatro grandes inconvenientes que habían sido precisados en la primera parte de este documento, pero que es necesario volver a reiterar por ser la esencia o piedra angular de la Ley y de los cambios que en él se incorporan:

- 
- Coste de la asunción de las competencias por parte de los Departamentos Ministeriales como consecuencia de la reasignación competencial que se lleva a cabo por el anteproyecto.
  - Impacto positivo como consecuencia de la integración en el Patrimonio del Estado de los bienes sobrantes de la fusión.

Se destaca en este numeral el ahorro bruto por la supresión de los altos cargos que se eliminan, el funcionamiento más eficiente de la entidad por la integración de las diversas estructuras de los organismos. Así también se precisa los ahorros que se han presentado en el derecho comparado. Asimismo se precisa el ahorro neto de la reforma, indicando que costes supondrían la integración y la puesta en marcha de la nueva comisión, los costes que implican la asunción de las competencias reasignadas a los ministerios y el presupuesto de CNMC.

<sup>1135</sup> Artículo 24. Cooperación entre los Organismos Reguladores y con la Comisión Nacional de la Competencia.

*1. Los Organismos Reguladores cooperarán entre ellos y con la Comisión Nacional de la Competencia en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común, respetando en todo caso las competencias atribuidas a cada uno de ellos.*

*2. Los Presidentes de todos los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia se reunirán, con periodicidad al menos anual, para analizar la evolución de los mercados en sus respectivos sectores, intercambiar experiencias en relación con las medidas de regulación y supervisión aplicadas y compartir todo aquello que contribuya a un mejor conocimiento de los mercados y unas tomas de decisiones más eficaces en el ámbito de sus respectivas competencias. Las reuniones previstas en el párrafo anterior se convocarán de forma rotatoria, empezando por el Presidente del Organismo de mayor antigüedad. El Presidente del Organismo convocante elaborará el orden del día y procurará la documentación pertinente, siempre previa consulta con los demás Presidentes. Las conclusiones de la reunión se harán públicas por los Organismos participantes.*

*3. Los Organismos Reguladores y la Comisión Nacional de la Competencia acordarán y establecerán los protocolos de actuación necesarios para facilitar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

PROBLEMAS			
SOBREDIMENSAMINETO DEL SECTOR PÚBLICO	FALLOS EN LA EFICACIA DE LA SUPERVISIÓN	POLÍTICAS SECTORIALES DIVERGENTES	MAYOR RIESGO DE CAPTURA DEL REGULADOR
Obtención de recursos del sector privado bajo la forma de tasas o tributos destinados al mantenimiento de los organismos que no siempre actúan de manera eficiente.	Falta de una coordinación adecuada entre todos los diversos organismos.	Cambios imprevistos en la política regulatoria que pueden mermar la confianza y seguridad jurídica de los inversores.	La existencia de varios organismos reguladores, permite que los operadores puedan ejercer presiones para que se adopten decisiones a su favor.

**Cuadro 29 - Fuente Memoria de Impacto 2012: Problemas de la Regulación Económica y el Derecho de Competencia en su Aplicación en el Mercado Español.**

- La necesidad de clasificar y reordenar las competencias de dichos organismos, especificándose que en dicha revisión debería realizar una distinción entre las funciones propias de regulación y funciones de carácter administrativo desempeñadas por parte de dichos organismos que deberían ser devueltas a la Administración del Estado, como son el mantenimiento de los registros de los operadores, la liquidación de algunas tasas, las oficinas de información, entre otros aspectos<sup>1136</sup>. A tal efecto se precisa en la Memoria<sup>1137</sup>, cuáles de esas funciones que eran desempeñadas por los diversos organismos reguladores funciones de supervisión *ex – ante*, supervisión *ex – post*, consultivas, de resolución de conflictos, de arbitraje y administrativas podrían ser devueltas a los Ministerios; teniendo en cuenta la atribución exclusiva de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia la Comisión Nacional de la Competencia, dichas funciones pueden verse en el siguiente cuadro resumen, precisando que independientemente el organismo que las desempeñe, buscan garantizar la competencia dentro del mercado que regulan y un mínimo de garantías para todos los participantes en el mercado<sup>1138</sup>:

<sup>1136</sup> No todas las consideraciones a las que se aluden en la citada Memoria corresponden al contenido previsto en el Proyecto, debido a que hay algunas de esas competencias que están circunscritas a los Organismos reguladores.

<sup>1137</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO. Op. cit. Pp. 11 y ss.

<sup>1138</sup> Sobre este aspecto se destaca el proyecto adelantado por parte de las Naciones Unidas, sobre las autoridades de competencia. El objetivo del proyecto era realizar un análisis comparada sobre dichas autoridades, específicamente en siete aspectos o características, tales:

- El gobierno de las autoridades de competencia. (organismos unisectoriales o colegiados)
- El estatus de la autoridad de competencia. Responsabilidad y grado de independencia.
- La estructura de este tipo de autoridades, es decir, si estás dependen directamente de una unidad o si constituyen una unidad independiente.
- La diversificación de las autoridades de competencia
- El mandado de los órganos directivos de dichas autoridades
- Los diversos instrumentos otorgados para el desempeño de sus funciones, como lo son la potestad sancionadora, investigación, entre otras
- La forma de adopción de las decisiones, desagregada o unificada.

FUNCIONES DE LOS ORGANISMOS	ORGANISMOS	
	ORGANISMOS REGULADORES	COMISION NACIONAL DE COMPETENCIA
<b>Funciones de supervisión ex –ante</b>	Verificación de las condiciones de acceso a los mercados, la disponibilidad de las infraestructuras y las tarifas y peajes de acceso no son discriminatorios ni suponen barreras de entrada no justificadas, de acuerdo con los parámetros dados por las Directivas Comunitarias.	Análisis del control de las concentraciones económicas.
<b>Funciones de supervisión ex – post</b>	Función ejercida en ejercicio de sus funciones de inspección y sanción.	Función ejercida en ejercicio de sus funciones de inspección y sanción.
<b>Funciones administrativas</b>	Gestión de registros, liquidación de tasas, oficinas de quejas y reclamaciones. Funciones que pueden ser desempeñadas por otras entidades ministeriales y no por las entidades objeto de la fusión.	Gestión de registros, liquidación de tasas, oficinas de quejas y reclamaciones. Funciones que pueden ser desempeñadas por otras entidades ministeriales y no por las entidades objeto de la fusión.
<b>Funciones consultivas</b>	Elaboración de informes de cada uno de los sectores reguladores, donde se precisa la situación de los mercados.	Elabora informes sobre la situación de los mercados o aspectos puntuales que son solicitados por el Gobierno.
<b>Funciones de arbitraje y resolución de conflictos</b>	Resolución de conflictos generados entre los operadores por el acceso o elementos conexos, principalmente provenientes por el uso de las infraestructuras.	Función general de arbitraje entre los operadores conferida a la Comisión Nacional de la Competencia.
<b>Aplicar la Ley de Defensa de la Competencia.</b>		Función asignada exclusivamente a la Comisión Nacional de la Competencia, la cual investiga y sanciona las conductas restrictivas de la competencia. También está facultada para presentar iniciativas de carácter normativo cuyo objeto es el que se remueva cualquier tipo de obstáculos para la libertad de concurrencia en el mercado.

**Cuadro 30 - Fuente Proyecto de Ley de Creación de la CNMC, Memoria de Análisis de Impacto Normativo: Funciones de los Organismos Reguladores y la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).**

### 4.3. OBJETIVOS DE LA REFORMA- PARTICULARIDADES

Estos cuatro problemas correspondientes al Sobredimensionamiento del Sector Público, los fallos sobre la eficacia de la Regulación, las Políticas divergentes en los Organismos Reguladores y la Autoridad de Competencia y la Captura del Regulador, pretenden ser resueltos por medio de tres grandes objetivos que inspiran la Ley, que se enmarcan dentro de la austeridad y reestructuración de la Administración, con el propósito de que cada una de las atribuciones dadas a la nueva entidad sea cumplida de manera eficiente<sup>1139</sup>, sumado al interés político que subyace en la reforma que es el de cesar en los cargos a los miembros de los Órganos Directivos de los Organismos Reguladores y de esta manera poder nombrar a personas más afines a los intereses del Gobierno y ello justificado bajo el parámetro de la independencia funcional y orgánica, que caracteriza a las Autoridades Independientes:

REDUCIR EL NÚMERO DE ORGANISMOS	SIMPLIFICAR SU ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO	AUMENTO DE LA PROFESIONALIDAD, NEUTRALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS MIEMBROS DE LA CNMC
Agrupar los entes que cumplan las mismas funciones en la nueva Comisión, eliminando o reasignado en otros órganos ministeriales las funciones que anteriormente estaban asignadas a los reguladores sectoriales.	La reordenación de las funciones y competencia, de una manera racional, con el fin de que la nueva entidad pueda cumplir los objetivos que le han sido asignados.	Objetivo que se concreta, en un adecuado sistema de nombramiento y cese en los cargos rectores. Una separación efectiva entre las funciones de fiscalización y enjuiciamiento. La utilización efectiva de los recursos humanos con conocimientos y perfiles tanto técnicos como económicos.

**Cuadro 31 - Fuente Proyecto de Ley de Creación de la CNMC, Memoria de Análisis de Impacto Normativo: Objetivos que Inspiran el Proyecto de Ley.**

En la nueva entidad confluyen las funciones atribuidas a los Organismos Reguladores Sectoriales existentes a la fecha: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), Comisión Nacional de la Energía (CNE), Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), Comisión Nacional de la Competencia (CNC), Comisión Nacional del Juego (CNJ), Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA) y Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), el cual será analizado posteriormente, precisando su alcance, pertinencia y utilidad para España en la actual situación económica por la cual está atravesando, cuyo principal objetivo es reforzar la independencia de estos organismos, la mejora de la regulación de la actividad económica y la reducción del número de Organismos Reguladores existentes. Se añade, también, con el fin de reorganizar sus competencias como se señaló en el Consejo de Ministros *“En esta reordenación de funciones se transfieren a los distintos Ministerios aquellas tareas de índole administrativa cuyo desempeño no requiere una especial independencia, y que antes desempeñaban los organismos reguladores citados”*<sup>1140</sup>, evitar el

<sup>1139</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO. Op. cit. Pp. 10 y ss.

<sup>1140</sup> Consejo de Ministros del 27 de septiembre del 2012. Ibídem. Pp.19



solapamiento de las mismas y la posibilidad de contar con un efectivo sistema de nombramiento de sus miembros, lo cual garantiza un control por el Parlamento no solamente en la designación de estos, sino en la revisión y análisis de sus actuaciones a través de las comparecencias anuales y trianuales, con el fin de determinar si las medidas impuestas en un sector han cumplido sus objetivos, todo en el marco de la aplicación de los principios de buena regulación.<sup>1141</sup>.

En síntesis, la idea primigenia que inspiró Ley de España es la creación de un solo regulador donde confluyen las funciones de regulación y competencia<sup>1142</sup>, trayendo consigo la aplicación de criterios uniformes, en sectores que cuentan con características similares, en un ambiente armónico que evita la existencia de inseguridades provenientes de la regulación:

1. *El deseo de dar un **enfoque regulatorio más consistente** a sectores íntimamente relacionados: la existencia separada de varios reguladores pueden incidir en el mismo operador provoca duplicidades innecesarias en el control de este operador, así como enfoques incongruentes o descoordinados de la regulación que se le aplica*<sup>1143</sup>.
2. *Aprovechar las **economías de escala** derivadas de la fusión: eliminar la existencia de autoridades separadas ejerciendo actividades regulatorias y funciones idénticas o muy similares, optimizar la experiencia y los conocimientos de los recursos humanos, extensión más ágil de buenas prácticas de la regulación*<sup>1144</sup>.
3. *Respuesta institucional al **progreso tecnológico**: deseo de evitar el mantenimiento de autoridades estancadas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada.*<sup>1145</sup>

---

<sup>1141</sup> ARIÑO, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. “Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión”. En: WorkingPaper N° 42. Madrid, 18 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.arinoyvillar.com/libros/WPweb/WP42.pdf> [En línea]. (Consultado 22/02/2013).

<sup>1142</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. “La Nueva Comisión Nacional De Los Mercados y La Competencia: Naturaleza, Régimen Jurídico E Independencia”. En VVAA: Revista General de Derecho Administrativo. Núm. 34 Octubre 2013. Pp. 1-52. En igual sentido, de esta misma autora. “La reforma de los organismos reguladores en España”. En VVAA: Actualidad administrativa. N° 12, 2012. Pp. 1486-1498, quien precisa que el modelo que finalmente fue aprobado adolece de dos aspectos a saber: 1) El desconocimiento del Derecho Europeo en materia de las Agencias Reguladoras Nacionales, donde se regulan de forma general y no de manera singular y un segundo aspecto, es que no existe en el derecho comparado, una autoridad de competencia donde se encuentre integrada tanto el Regulador en materia de telecomunicaciones o de energía, en consideración al papel que desempeña la autoridad de competencia, la cual no es un organismos regulador, sino sus funciones son ex post.

<sup>1143</sup> PROGRAMA NACIONAL DE REFORMA. ESPAÑA 2012. Op. cit. Pp. 226. La unificación permitirá tener una supervisión adecuada e integral de todos los sectores regulados y la posibilidad de generar una política uniforme en todos mercados.

<sup>1144</sup> La creación de este nuevo organismo permitirá de acuerdo a los objetivos previstos por parte del Ejecutivo Español, la aplicación adecuada de la Ley de Defensa de la Competencia, derivando en conocimientos más adecuados de los mercados, del mejoramiento de las labores de supervisión y control en favor de los operadores, de los usuarios y de los ciudadanos en general.

<sup>1145</sup> MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Informe Sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma. Pp. 7-8.

Asimismo, el modelo ofrece tres grandes ventajas a cómo se precisa en la Memoria de Impacto<sup>1146</sup> :

1. Un importante aumento de la eficiencia, dado que los citados organismos presentan fuertes sinergias entre sí;
2. Además, a mayor integración, mayor ahorro en infraestructuras y servicios comunes y
3. La reducción del riesgo de captura del regulador, al reducir la dependencia del organismo en un sector económico determinado, lo que se traduce en que la existencia de un solo organismo implica una reducción de costes<sup>1147</sup>.

Ahora bien, paralelamente hay un aspecto muy importante que sirve de sustento a la Ley de creación de la nueva Comisión, que corresponde a la tendencia dada desde el Derecho Comunitario bajo la interpretación realizada por el Ministerio de Gobierno respecto a la *Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*, donde en sus considerandos presenta como un gran inconveniente para la

---

<sup>1146</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO. Op. cit. Pp. 13 y ss.

Dicha Memoria contiene los principales aspectos de la Nueva Comisión, que responde a un modelo mixto, el cual toma los principales elementos del modelo Holandés (cuyo modelo es la creación de un Único Regulador) y el modelo Alemán (que cuenta en la actualidad con un organismo multisectorial encargado de regular la red y una organismo encargado de velar por la aplicación de la Ley de la Competencia). El modelo que somete a la consideración de las Cortes corresponde a un organismo de carácter multisectorial (donde concluyen los anteriores organismos reguladores y solamente asumirá las competencias en materia reguladoras, reasignando las competencias administrativas y consultoras a los Ministerios) encargada de aplicar la Ley de Competencia, lo que permite concluir que esta nueva entidad se encargara de velar por la competencia tanto ex ante y ex post, que permitirá aplicar la Ley de Defensa de la Competencia.

<sup>1147</sup> ARIÑO, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. “Reguladores sectoriales...” Op.cit Pp. 32. Es necesario precisar que bajo la estructura propuesta no se puede afirmar de manera vehemente que se va a reducir la captura del regulador, en el sentido de que este proyecto ha sido producto de una iniciativa de un operador económico cuyo interés era que se redujera la carga regulatoria para poder desarrollar de manera libre o con el menor número de impedimentos sus nuevos modelos de negocios. Tal como se afirma por parte de estos dos autores, no solo se deberían atender a los intereses de los operadores sino de todos los agentes participantes en el sector, afirmando “*En este punto debemos salir al paso de una posible objeción a nuestra conclusión, consistente en que el vínculo ‘sector-regulador’ aquí defendido podría ser visto como una defensa del poder de las empresas y una invitación a la captura del regulador. Nada más lejos de nuestra intención. En el sector también están los usuarios, y el regulador también se debe a ellos. El vínculo fuerte que aquí defendemos se establece tanto con los usuarios como con los operadores y empresas del sector, empresas que no olvide, tienen intereses diferentes entre sí, actuando el regulador de árbitro entre todas ellas. Dicho de otro modo, lo que nosotros postulamos es un regulador auténticamente comprometido con los problemas del sector, con su avance y evolución positiva, en beneficio de los usuarios y de la sociedad. Todo lo cual es necesario puesto que se trata de sectores de verdadero interés económico general, como la energía, las comunicaciones o los transportes*”

existencia de un mercado competitivo, la regulación fragmentada e incoherente por parte de las autoridades nacionales de reglamentación en este caso las telecomunicaciones, pero que hacen extensivas a las otras agencias reguladoras de otros sectores como la energía y el sector postal, lo que se traduce en una disminución de la competencia, de la inversión y de los beneficios para los consumidores<sup>1148</sup>. Asimismo, presenta en el considerando 5 la necesidad de reducir gradualmente las normas ex ante de carácter sectorial, teniendo como punto de referencia la evolución de la competencia en los mercados, lo que implicara en un futuro a todos los sectores se rijan por las leyes de competencia, y solo habrá lugar a la utilización de los criterios *ex ante* en los casos de que no exista una competencia efectiva y garantizada. De allí que se requiera contar con reguladores con conocimientos amplios en esta materia o de un regulador de competencia con conocimiento amplio de cada sector regulado<sup>1149</sup>, de esta manera se está buscando que los participantes se autoregulen, siguiendo la tendencia Alemana de la Auto regulación Regulada.

Otro aspecto a destacar, y que sirve de trasfondo para la reforma que estamos analizando, es la posibilidad de garantizar un escenario para la inversión en nuevas infraestructuras, lo cual redundará en beneficios económicos, sociales y culturales. La creación de nuevos escenarios competitivos, deriva la creación de nuevos espacios en los que se pueda garantizar la inversión ya sea para el desarrollo de nuevas redes, en este caso particular las redes de Nueva Generación (NGNs), o de cualquier tipo de infraestructura, que permita contar con nuevas ofertas económicas y laborales, todo bajo el marco de una regulación de carácter previsible y coherente con los tiempos<sup>1150</sup>, con prácticas regulatorias adecuadas que permitan la aplicación del marco regulador para contribuir de manera eficaz al desarrollo del mercado interior<sup>1151</sup>

Como indica en el Artículo 7 ter, literal h):

h) se añade el apartado siguiente:

*«5. Las autoridades nacionales de reglamentación, para lograr los objetivos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4, aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, por ejemplo, a través de lo siguiente:*

- a) promoviendo un entorno regulador previsible, garantizando un enfoque regulador coherente en períodos de revisión apropiados;*
- b) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas;*
- c) salvaguardando la competencia en beneficio de los consumidores y promoviendo, cuando sea posible, la competencia basada en las infraestructuras;*
- d) fomentando la inversión eficiente orientada al mercado y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, incluso asegurando que toda obligación relativa al acceso tenga debidamente*

---

<sup>1148</sup> Considerando 2.

<sup>1149</sup> Considerando 5

<sup>1150</sup> Considerando 9 y Considerando 53 “Es preciso fomentar conjuntamente las inversiones eficientes y la competencia, con el fin de incrementar el crecimiento económico, la innovación y la elección de los consumidores”.

<sup>1151</sup> Considerando 18.

*en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras y permitiendo diferentes modalidades de cooperación entre los inversores y las partes que soliciten el acceso, con el fin de diversificar el riesgo de las inversiones y velar por que se respeten la competencia en el mercado y el principio de no discriminación;*

*e) teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas regiones geográficas de los Estados miembros;*

*f) Imponiendo obligaciones reglamentarias ex ante únicamente cuando no exista una competencia efectiva y sostenible, y suavizando o suprimiendo dichas obligaciones en cuanto se cumpla dicha condición.».*

También se reitera en varios apartados de esta Directiva, la garantía del independencia del regulador, como un elemento que permite aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones, para lo cual se debe buscar las formas para evitar cualquier tipo de interferencia ya sea por parte de la Administración Pública o por parte de los regulados para la toma de decisiones.

Se aconseja contar con normas donde se establezcan claramente los motivos para el cese del cargo, el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, tratando de buscar de esta forma neutralidad e imposibilidad de algún tipo de interferencia exterior, sumando al régimen presupuestario de estos organismos<sup>1152</sup>; pero si bien alude a una disminución de la regulación *ex ante*, no se le ocurre argumentar, como se indica el informe de (PwC), ni considerar que la regulación en vez de generar beneficios para el sector se constituye un obstáculo para competir.

La simplificación no significa una reducción de las reglas de juego, sino la existencia de límites respecto a las actuaciones que se realicen por parte de los agentes. La citada Directiva en ningún momento alude a la supresión de las autoridades de regulación, sino al fortalecimiento de algunos aspectos en los cuales se han presentado fallos, atendiendo a que los mercados no son perfectos y contar con una regulación *ex post* implicaría que en ciertos supuestos, costes no solo para el ciudadano sino para el mercado en general, siempre que sean superiores a las medidas o límites que en determinados casos se prevén a través de la regulación *ex ante*.<sup>1153</sup>

---

<sup>1152</sup> Considerando 13. Lo expuesto en este considerando se concreta en la modificación introducida a la Directiva 21/2002/CE señalando: a) el apartado 3 se sustituye por el texto siguiente: <<3. Los Estados miembros velarán porque las autoridades nacionales de reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad, transparencia y a su debido tiempo. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación dispongan de recursos financieros y humanos adecuados para desempeñar las tareas que se le hayan asignado>>.

<sup>1153</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo... Óp. cit. Pp. 2- 3. Donde indica en lo referente a las *Consideraciones sobre el efecto de la regulación sobre la innovación y la competencia* lo siguiente; “... Por otra parte, existe también evidencia de que los incentivos a innovar pueden verse afectados de forma negativa por la regulación. La innovación implica una dinámica de cambio y transformación, y la experiencia que la regulación introduce rigideces que pueden retrasarla y obstaculizar, sobre todo en aquellos sectores donde existe la posibilidad de competir a través de la innovación...”

...La reforma de los organismos reguladores y el sistema regulatorio en general que hoy se plantea constituye de esta forma una clara oportunidad para simplificarlo y adaptarlo al contexto competitivo actual, con el objetivo de conseguir en el corto o medio plazo un modelo más eficiente y menos costoso que fomente

Como bien se precisa en los informes elaborados por parte de los Organismos Reguladores CMT, CNE y CNSP<sup>1154</sup>, los mercados que ellos regulan no han consolidado las buenas prácticas con la madurez suficiente, y desregularlos totalmente solo generaría la consolidación de los monopolios en beneficio de aquellas empresas que tuvieron que permitir el uso de sus infraestructuras en la época de la liberalización de los servicios y de la entrada de la competencia.

La posibilidad de contar con un regulador de carácter *ex post* implicaría que sus funciones serían ejercidas solamente una vez se haya realizado la conducta anticompetitiva la cual debe ser sancionada, no es del todo conveniente, en atención a que los efectos si no se previenen a tiempo pueden ser nefastos para un sector, sumado a que los procesos que se adelantan ante la Autoridad de Competencia suelen tardar mucho y en el caso de contar con un único regulador, dilataría aun más el proceso para la imposición de la sanción y la corrección del mercado<sup>1155</sup>.

Para evitar estos tropiezos es aconsejable seguir con el modelo que se tenía, el cual ha pretendido buscar una cierta estabilidad de los mercados contando con reguladores *ex ante* imponiendo medidas preventivas para evitar fallos mayores de los mercados y una sólida Autoridad de Competencia con fuertes atribuciones en esta materia garante de la competencia y encargado de definir algunos criterios aplicables para los reguladores sectoriales para evitar soluciones contrarias.

---

*la compartición de recursos y el aprovechamiento de sinergias y dé lugar a una regulación eficaz, similar a la que ya existe en otros países que han llevado a cabo reformar. Por tanto, un modelo de regulación ágil y eficaz, basado en la medida de lo posible en intervención ex – post, no redundaría en un perjuicio para el usuario sino más bien al contrario, dado que la competencia efectiva allí donde es posible es el mejor medio para proteger los intereses de los consumidores. Por el contrario, una regulación inadecuada puede redundar en ineficiencias y distorsiones que se terminan trasladando a los consumidores en forma de mayores precios, o de una oferta de servicios menos amplia o de peor calidad”.*

<sup>1154</sup> Informes sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, elaborados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Sector Postal, vista la solicitud de informe presentada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad, en relación con el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1155</sup> Este es uno de los elementos que se destacan en el informe elaborado PCW, en lo correspondiente a la Dirección de Investigación de Competencia en cuanto a su estructura interna, donde se señala que la aplicación de las normas de la competencia son largas, por lo cual se opta porque las decisiones que se adopten en esta materia sean decididas en el Pleno del Consejo. Óp. cit. Pp.33. “Una Dirección de Investigación al mismo nivel que el resto de las Cámaras, que mantendría las competencias que la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) atribuye a la actual Dirección de Investigación de la CNC, correspondiendo al Pleno del Consejo de la CSM las que actualmente se atribuyen al Consejo de la CNC por la citada norma. La estructura propuesta en este caso es diferente del modelo de Cámaras sectoriales, en la medida en que las decisiones las toma directamente el Pleno del Consejo. La principal razón por la que se opta por este modelo radica en no dilatar aún más los procedimientos de aplicación de la LDC, que por lo general son largos (18 meses en el caso de expedientes sancionadores), con un recurso ante el Pleno del Consejo, si bien desde el punto de vista jurídico en este caso cabría también el modelo de Cámara. El modelo también puede flexibilizarse para que, por ejemplo, las decisiones en materia de competencia que afectan a sectores regulados sean adoptadas por el Pleno del Consejo, mientras que las que afectan a otros sectores sean adoptadas por una sección formada exclusivamente por los especialistas en derecho de la competencia”.

Sobre el particular vale traer algunas reflexiones elaboradas por Ángel García Castillejo quien afirma lo siguiente respecto al primer Anteproyecto presentado a la opinión pública:

*La CMT, y la CNE tienen pleno sentido de existir, y deberían tener más competencias. Lo normal en los sistemas avanzados es que la regulación de esos sectores se haga por órganos independientes y no por los gobiernos. Tanto Telecom, como Energía son dos sectores claves de la economía con operadores muy potentes, y suponen un porcentaje del PIB del país muy significativo (Telecomunicaciones supone 37.000 millones, y energía unos 30.000 millones, compárese con la principal industria del estado que es turismo y asciende a unos 49.000), por eso se autofinancian y no cuestan nada a los presupuestos del Gobierno, ya que obtienen sus ingresos de la tasas que se giran a los operadores de cada sector.*

*Países como EEUU o Reino Unido con la FCC u OFCOM respectivamente, han apostado por un modelo que considero óptimo, el del mantenimiento de la regulación “ex ante” y la “ex post” pero en un mismo organismo especializado y sectorial.*

*En conclusión, lo más avanzado a nivel mundial, tiende a integrar la regulación “ex post” de cada sector en el regulador “ex ante”, pero nunca se plantea la creación de un organismo que agrupe a todos los sectores y a la vez las competencias en materia de competencia<sup>1156</sup>.*

La Ley agrupa las funciones de supervisión de los anteriores organismos independientes y la Comisión Nacional de Competencia, las cuales a juicio del Gobierno Español, han aumentado significativamente en los últimos años<sup>1157</sup> así como sus competencias, siendo más amplias que las previstas en las Directivas Comunitarias donde se prevé la imperiosa necesidad de contar con este tipo entidades, ajenas a cualquier tipo de injerencia por parte otra entidad pública, dotadas de independencia y de un catálogo preciso de competencias<sup>1158</sup>, aspecto rebatido por

---

<sup>1156</sup> GARCIA CASTILLEJO, ÁNGEL. NOTAS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA

<sup>1157</sup> VIRGILIA FORURIA, EDUARDO. “La Unificación de los Reguladores”. Disponible en: <http://www.lavozdigital.es/cadiz/v/20120708/opinion/unificacion-reguladores-20120708.html> [En línea] (Consultado 31/07/2012). Donde se precisa que a partir del año 2010, el número de organismos reguladores aumento significativamente, pues en ese entonces solo existían las comisiones de Telecomunicaciones, Energía y Competencia (CMT, CNE y CNC, respectivamente), lo que a juicio del Gobierno ha fomentado la duplicidad en los pronunciamientos de estas entidades y las repercusiones en los operadores por la existencia de pronunciamientos contrarios en su mayoría. Sin embargo, la existencia de estas duplicidades por los diversos Reguladores ha sido parte de “la competencia entre órganos de competencia” en reconocidos mercados especiales, donde se justifica la existencia de los mismos, los cuales se constituyen en los principales garantes de la competencia y de la consolidación de posiciones en los usuarios de los servicios que se prestan. La propuesta del Gobierno no atiende a esta especialidad y por consiguiente se pretende mezclar la regulación de los servicios con la defensa de la competencia. Por otra parte, tras un período de vacilación jurisprudencial e incluso legislativa, finalmente la última palabra en derecho de la Competencia, definitivamente la tenía la Comisión Nacional de Competencia. Sin dejar de lado la influencia que han tenido las grandes empresas más importantes de los sectores regulados, las cuales buscan que se simplifique la regulación y las competencias que han sido asignadas a los Reguladores, lo que puede generar unos beneficios a las mismas para el desarrollo de sus actividades.

<sup>1158</sup> Vale la pena precisar que se inició el proceso de liberalización de los servicios, se consideró como elemento indispensable la separación de las labores de regulación de las labores de prestación de servicios, como se estableció en "Libro Verde sobre desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones", COM (87) 290, de 16 de diciembre de 1987, cuyos criterios han sido reproducidos en

parte de las antiguas comisiones principalmente por parte la CMT, quien argumentaba que sus competencias eran muy inferiores .

Ya desde el año 2009, el Consejo Asesor de Expansión y Actualidad Económica, realizó un primer debate sobre los llamados '*organismos reguladores independientes*' de carácter económico. Una de las primeras conclusiones de este debate, es la existencia de diversos organismos independientes, que no son homogéneos, atendiendo a que cada uno fue creado en diferentes momentos y el curso posterior de los acontecimientos han influido decisivamente en la configuración y grado de prestigio de unas y otros; la invasión de las instituciones por los partidos, donde se realizó una valoración de la independencia de estas instituciones, su grado de autonomía, aspectos característicos de estas instituciones, aspectos que no han sido garantizados y denotan intromisión por parte de los diversos agentes públicas y privadas y que afectan el normal desarrollo de las funciones designadas en las diversas leyes de creación de este tipo de entidades, sin dejar de lado que a pesar que muchas de estas Autoridades llevan más de 20 años en el sistema jurídico español, siguen siendo consideradas como figuras ajenas al modelo tradicional. Por ello debería realizarse una revisión del modelo existente y evitar la creación de nuevos reguladores, dotando de cierta autonomía a dependencias ministeriales que pueden aplicar las funciones que han sido asignadas a los reguladores sectoriales. Los más optimistas llegaron a la conclusión que las comisiones regulatorias han traído consigo una mayor seguridad en cuanto a las inversiones, afirmando lo siguiente:

*...que el número de organismos independientes debe ser el estrictamente necesario: no se deben sustraer al Gobierno aquellas competencias básicas inherentes al ejercicio de la función de "dirección de la política económica" que le encomienda la Constitución. Si lo que se pretende, tan sólo, son objetivos de eficacia y mejora retributiva para profesionales especializados, puede recurrirse a la figura de la Agencia Pública, dependiente del correspondiente Ministerio,*

*Los organismos independientes están justificados, sin embargo, cuando la dinámica electoral o el ejercicio del poder suscita un potencial conflicto entre los intereses políticos del Gobierno a corto plazo y ciertos objetivos económicos clave a largo plazo (mantenimiento de la estabilidad financiera, estímulo a la inversión privada en industrias de red...) que aconsejan establecer instituciones independientes del Gobierno que actúen como contrapeso.*

*La prioridad en España debe ser "purificar" y revitalizar los organismos reguladores independientes...*<sup>1159</sup>

---

las Directivas de cada sector, no se considera como un elemento indispensable la de contar con este tipo de instituciones, surgiendo la obligación imperiosa por parte de los Estados de no solo de garantizar su independencia, sino su imparcialidad y los conflictos de intereses.

<sup>1159</sup> Expansión. "*Consejo asesor. Organismos Reguladores Independientes*". En: "El Sueño de Jardiel." Blog de Manuel Conthe. Disponible en: <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2009/10/06/organismos-reguladores-independientes.html> [en línea]. (Consultado 18/08/2012).

No podemos dejar de lado, como acertadamente se ha expuesto por Círculo Cívico de Opinión<sup>1160</sup>, que afirmar que la reunificación es la única forma de garantizar la independencia, no es cierto, en atención a la redistribución de funciones y a un acentuado control por parte del Gobierno, lo cual no garantiza la independencia; además afecta a la misma regulación porque ya no será determinada según el criterio de la especialización y contenido técnico, evitando así la consolidación de un organismo neutral, con unos objetivos previamente delineados en pro tanto de la competencia, como en el dinamismo propio de cada sector. Unido a la falta de conocimientos y de experiencia y manejo de los asuntos por parte de los Comisionados a los cuales se les ha encargado las anteriores funciones radicadas en los anteriores reguladores, los cuales se han encargado durante varios en formar a un personal experto en cada materia objeto de análisis. Sin dejar de lado, que bajo una misma estructura se unifican las competencia de la Autoridad de Competencia, la cual tiene un carácter transversal a todos los sectores y una serie de competencias específicas atribuidas a los Organismos Reguladores Independientes, aspectos que fueron reiterados en las enmiendas presentados por los diversos grupos parlamentarios al proyecto presentado por parte del Gobierno para su estudio y aprobación, enmiendas que fueron rechazadas a pesar de las propuestas o modelos regulatorios que incorporaban, destacándose la enmienda presentada a la totalidad del proyecto y de un Texto Alternativo por el Partido Socialista Obrero Español<sup>1161</sup>.

Asimismo es de interés traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado, en el sentido de que si bien es válida la intención del Gobierno de reformar la Administración, hubiera sido oportuno que se hubiera analizado otros ejemplos de reguladores con el fin de mitigar en el nuevo modelo los riesgos de la ineficacia en la supervisión y la regulación encomendada no solo a la Comisión Nacional de Competencia sino a los demás organismos supervisores. Sobre el particular vale la pena precisar que el mismo Consejo de Estado a pesar de dar un Dictamen favorable al Anteproyecto remitido por el Gobierno, reitera que el modelo escogido no es el más aceptado, atendiendo a que tanto los objetivos, funciones encomendados y características propias de cada sector, son disímiles entre sí, aspectos que hemos reiterado en este trabajo, y pretender contar con un solo organismo puede derivar en un cierto grado de uniformidad cuando cada mercado es diferente. Sobre el particular el Consejo precisa:

*“Cabe añadir a todo lo dicho que, conforme antes se apuntó con detalle (apartado III.3, sobre la diferente aplicación del Derecho por reguladores sectoriales y el encargado de defender la*

---

<sup>1160</sup> Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Op. cit. Pp. 9. “*El requisito de la independencia puede cumplirse satisfactoriamente tanto se opte por el establecimiento de un regulador sectorial como si se implanta uno multisectorial. Los autores del Anteproyecto que pretende la refundición de los reguladores creen que la concentración permitirá asegurar mejor la independencia. Mi opinión es, en cambio, la contraria: el Anteproyecto no solo refunde organismos, sino que también reordena sus competencias. Del nuevo reparto resulta que los Ministerios competentes en cada sector asumen bastantes atribuciones que antes pertenecían a la Comisión sectorial correspondiente. Esta simple traslación permite concluir, sin necesidad de más demostraciones, que, al menos desde el punto de vista político, la independencia respecto del Gobierno se reduce*”.

<sup>1161</sup> GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. Enmienda a la Totalidad de Texto Alternativo al Proyecto de Ley creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Número de Exp. 121/000028). 11 de diciembre de 2012.



*competencia) y según dijera el ya citado dictamen n° 215/2010 de este Consejo, que subsisten entre los sectores sometidos a supervisión – y cuya unificación se pretende – diferencias muy relevantes que bien podrían haber cristalizado en otro modelo diferente, de regulación más general en los aspectos relativos a la independencia y ciertas funciones, pero que mantuviera en cambio la existencia por separado de reguladores en los diversos sectores ( o, al menos, de los reguladores “ex ante” con separación del superior de la competencia). Habiéndose optado por un sistema distinto debe en todo caso cuidarse que el régimen único que deriva del anteproyecto no se traduzca en una uniformidad aplicativa, de dedicación de medios y de ejercicio de funciones, en mercados cuya consistencia, volumen y experiencia reguladora son muy diferente.”<sup>1162</sup>*

#### 4.4. TRÁMITE DE LA LEY DE CREACIÓN DE LA CNMC

Tras un largo proceso de elaboración y tramitación que comienza en el mes de febrero 2012, cuando se aprueba el primer Anteproyecto hasta la aprobación por parte del Consejo de Ministros de 27 de septiembre de 2012 del **Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**<sup>1163</sup>, se insiste gubernamentalmente en que la nueva Comisión permitirá asegurar el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. El texto se remite a las Cortes el día 10 de Octubre de 2012, acompañado de un resumen de la Memoria de Impacto<sup>1164</sup> y del Dictamen del Consejo de Estado de fecha 13 de septiembre de 2012, sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1165</sup>, bajo la referencia (121/000028), clasificado el día 16 de octubre y publicado

---

<sup>1162</sup> Ibidem. Pp. 28.

<sup>1163</sup> El proyecto definitivo fue aprobado para ser remitido a las Cortes Generales en el Consejo de Ministros del 27 de septiembre del 2012. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/DCD02624-9561-46CC-AC8E-BC6A43D002ED/214197/refc20120927.pdf> [En línea]. (Consultado 01/10/2012), con la finalidad de que fuese aprobado antes de fin de año.

<sup>1164</sup> La Memoria del Análisis de Impacto Normativo, sobre el Proyecto de Ley en el epígrafe dedicado a la oportunidad de la propuesta se precisan los objetivos que se persiguen y las principales alternativas consideradas, sobre estos dos aspectos se precisa:

Objetivos que se persiguen:

- Aumento de la eficacia del sector público y racionalización de las estructura.
- Mejora de la regulación y la supervisión de determinados sectores regulados para mejorar la competencia de los mercados y facilitar la liberalización.

- Aumento de la independencia de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Principales alternativas consideradas

- Integración de los organismos sectoriales y pervivencia por separado de la CNC: se descarta por no maximizar las sinergias que se producirían por la integración de la CNC.
- Integración de los organismos sectoriales dotándoles de la capacidad de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia: se descarta por las dificultades en la resolución de expedientes que involucren a sectores regulados y no regulados.
- Integración de la CNC con los organismos sectoriales: se acepta por considerarse la opción que maximiza las economías de escala y las sinergias y que más potencial tiene para mejorar el marco de supervisión de estos mercados.

<sup>1165</sup> CORTES GENERALES. BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. 121/000028 Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 19 de octubre de 2012. Núm. 28-1. Disponible en:

el día 19 de octubre del 2012, con el fin de que los grupos parlamentarios presentaran enmiendas a todo o a la totalidad del proyecto<sup>1166</sup>, antes de su calificación por parte de la Comisión de Economía y Competitividad para del primer debate de la totalidad del Proyecto que comprendió el periodo del 12 al 20 de diciembre donde se llevó a cabo la votación de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios<sup>1167</sup>.

Su objeto como se precisa en la Exposición de Motivos es el de garantizar, presentar y promover el correcto funcionamiento del mercado, así como la transparencia y la libre concurrencia en los sectores sobre los que ejercen supervisión ,la posibilidad de contar con normas claras, una entidad con una organización coherente, eficiente (tanto en la administración de los recursos y en la regulación que por ella se expida) , con criterios predecibles para los participantes en el mercado generando de esta manera la seguridad jurídica y la confianza inversora e institucional, con la posibilidad de que puedan transformarse y tener prospectiva de los mercados y de los cambios tanto tecnológicos como económicos que se dan en los sectores y de evitar duplicidad en cuando a las resoluciones que pueden expedirse por parte del Regulador Sectorial y la Autoridad de Competencia .

El Gobierno afirma además que existen beneficios a favor de los usuarios como, al decir *“Todo ello conllevará, por otra parte, beneficios para los consumidores y usuarios, ya que el aumento de la capacidad de competir redundará en "precios más flexibles, competitivos y coherentes con las condiciones de la demanda en cada momento". Y, a la postre, todo tendrá "beneficios para el conjunto de la sociedad, ya que la competencia fomenta la innovación y la continua mejora de la calidad"*.

El proyecto durante su tramitación fue modificado atendiendo a los reparos presentados por la Comisión Europea<sup>1168</sup>, quien en repetidas oportunidad manifestó su disconformidad por la

---

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?piref73\\_1335527\\_73\\_1335526\\_1335526.next\\_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=28&numDocumento=0](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?piref73_1335527_73_1335526_1335526.next_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=28&numDocumento=0) [En línea]. (Consultada el 21/10/2012)

<sup>1166</sup> CORTES GENERALES. BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. 121/000028 Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 19 de Octubre de 2012. Núm. 28-1. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-1.PDF#page=1) [en línea] (Consultado el 26/12/2012) y [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Actualidad/PlazosEnmiendas/cuadro\\_plazo\\_enmiendas\\_X.pdf](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Actualidad/PlazosEnmiendas/cuadro_plazo_enmiendas_X.pdf) [en línea] (Consultado 01/03/2013).

<sup>1167</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE. Año 2012 X LEGISLATURA Núm. 84. Pág. 65. Pleno. Debate de totalidad. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=65](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=65) [En línea] (Consultado 10/01/2013) y CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE. Año 2012 X LEGISLATURA Núm. 84. Pág. 99. Avocación del Pleno. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=99](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=99) [en línea] (Consultado el 11/01/2013).

<sup>1168</sup> PÉREZ, CLAUDI. *“Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores.”* En: *El País*. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846\\_167142.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html) [en línea] (Consultado 26/02/2013), de igual forma en EDITORIAL EL PAIS. *“Europa vigila. La Comisión advierte de que la proyectada fusión de los reguladores les quita independencia”*. *El País*. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2013/02/25/opinion/1361822943\\_418213.html](http://elpais.com/elpais/2013/02/25/opinion/1361822943_418213.html). [en línea] (Disponible en 26/02/2013)

estructura propuesta y el cambio regulatorio que implicaba para España de pasar de tener un Regulador en materia de Competencia y varios reguladores sectoriales a uno sólo donde se agrupan los anteriores bajo un mismo organismo; es por esta razón que fueron introducidas modificaciones destacándose la introducción de las dos Salas del Consejo una encargada de los Asunto de Competencia y la segunda de la Supervisión regulatorias; también se revisaron las competencias que serían transferidas a los Ministerios, con el fin de evitar un posible procedimiento de infracción por el incumplimiento de la normativa europea<sup>1169</sup> respecto a la independencia y autonomía de los Organismos Reguladores o Autoridad Nacional de Reglamentación en particular en lo referido al sector de telecomunicaciones<sup>1170</sup>.

Sobre las modificaciones y posición de la Comisión Europea, es necesario precisar que ésta ha sido bastante reacia respecto a esta iniciativa, al considerar que la nueva Comisión no contará con la suficiente independencia; de ahí que desde el mes de mayo de 2012 la Comisión Europea presentara reparos respecto a la propuesta, la cual no fue modificada, ni tampoco fue tomada en cuenta la carta que fue remitida al Gobierno firmada por parte de cuatro de las Direcciones de la Comisión Europea<sup>1171</sup>, donde se precisaba que el reparto competencial que se hacía entre los diversos Ministerios (Dependencias Ministeriales) y la Comisión que se iba a crear, no garantizaba la independencia de esta nueva Comisión; asimismo los problemas respecto a la financiación de la entidad y el sistema de nombramientos, permitían concluir a la Comisión Europea, que ésta nueva entidad no sería totalmente independiente y que podría ser entendida como una prolongación de las actividades del Ejecutivo<sup>1172</sup>.

---

y en MUÑOZ, RAMÓN. “El Gobierno cambiará el regulador único ante el ultimátum de Bruselas”. El País. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2013/02/25/actualidad/1361808060\\_183503.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/02/25/actualidad/1361808060_183503.html) [en línea] (Consultado el 26/02/2013)

<sup>1169</sup> Ver en: <http://ep00.epimg.net/descargables/2013/02/24/bc2701232a3bdf5a7d199cb40af021e0.pdf>

<sup>1170</sup> GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. Enmienda a la Totalidad de Texto Alternativo al Proyecto de Ley creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Número de Exp. 121/000028). 11 de diciembre de 2012.

<sup>1171</sup> GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. Enmienda a la Totalidad de Texto Alternativo al Proyecto de Ley creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Número de Exp. 121/000028). 11 de diciembre de 2012. Op. cit. Pp. 4. En el numeral 3, denominado “Es un proyecto que pone de manifiesto la inaceptable actitud del Gobierno hacia la independencia de los organismos supervisores y reguladores.”, donde presenta una relación de las diferentes posturas y cuestionamientos derivados de este proyecto, destacándose la declaración del Organismo Europeo de las Comunicaciones Electrónica indicando que ante “*la emergencia en algunos Estados Miembros de iniciativas que tendrían como efecto transferir la responsabilidad por algunas tareas de regulación de las autoridades de regulación, que se convertirían en funciones gubernamentales.*”, sin dejar de lado que el proceso iniciado por parte del Gobierno Español podía poner en riesgo el proceso en materia de armonización del mercado interior europeo que los organismos reguladores nacionales ha hecho a los largo de estos últimos años. BEREC “*Statement on independence of NRA's*”. Disponible en: [http://berec.europa.eu/files/document\\_register\\_store/2012/11/BoR\\_%2812%29\\_119\\_BEREC\\_statement\\_on\\_independence\\_of\\_NRAs.pdf](http://berec.europa.eu/files/document_register_store/2012/11/BoR_%2812%29_119_BEREC_statement_on_independence_of_NRAs.pdf) [en línea] (Consultado el 05/03/2013).

<sup>1172</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE. Año 2012 X LEGISLATURA Núm. 84. Pág. 75. Enmiendas presentadas por (GUPyD) Orador. Anchuelo Crego, Álvaro. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=75](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=75) [En línea] (Consultado el 22/12/2012)

Dichos reparos no fueron tenidos en cuenta y es por esta razón que en el mes de febrero la vicepresidenta de la Comisión Neelie Kroes, remitiera una “dura carta” fechada el 11 de febrero de 2012 al Ministro de Industria, Energía y Turismo y no al Ministro Luis de Guindos Ministro de Economía y Competitividad quien es el encargado de este proyecto, advirtiendo que estaba preparada para iniciar el procedimiento de infracción sino se cambiaba el proyecto tal como fue concebido originariamente, pues de ser aprobado causaría una pérdida importante en la labores de funciones tanto de regulación y control de los mercados, principalmente por la distribución competencial (a la cual haremos referencia posteriormente) y que se ve reflejada en las demás iniciativas como lo es el Anteproyecto de Ley General de Comunicaciones aprobado el 28 de diciembre del 2012<sup>1173</sup>. (ya transformada en Ley, Ley9/2014 de 9 demayo.) Al analizar este anteproyecto se comprobaba que existía una inadecuada distribución competencial entre las labores que serán asumidas por parte del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en el sentido de ser consideradas como administrativas y las de la propia Comisión, anteproyecto que fue revisado y adecuado a las observaciones de la Comisión Europea, para su posterior tramitación ante las Cortes Generales el 18 de septiembre de 2013 y calificado el 23 de septiembre bajo el número 121/000062 como Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones<sup>1174</sup>, hoy Lye 9/2014<sup>1175</sup>.(ya transformada en Ley, Ley9/2014 de 9 demayo.)

También se precisó en dicha Comunicación de la Comisión Europea, que el proyecto no cuenta con las suficientes garantías para que la Comisión pueda ejercer sus competencias de regulador *ex ante* por la atribución de ciertas competencias a dependencias del Gobierno, en razón de ser calificadas como administrativas *ope legis*, sin realizar un estudio de las mismas y, además, por el papel que tales competencias y atribuciones desempeñan para el análisis de los mercados y por la posible imposición de obligaciones gubernamentales en atención a los mercados analizados y a las condiciones de competencia existentes ellos. Y añadiendo, aspecto al que haremos referencia en epígrafes posteriores, las relaciones de cooperación respecto de los demás Organismos Reguladores Europeos, al no existir un regulador sectorial en lo que corresponde al sector Energético, de las Telecomunicaciones o el Sector Postal ente otros<sup>1176</sup>.

---

<sup>1173</sup> MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES. Comisión Permanente de 21 de enero de 2013. Disponible en: [http://sie.fer.es/esp/Servicios/Innovacion\\_Tecnologia/Enlaces\\_Noticias\\_interes/Borrador\\_anteproyecto\\_Ley\\_Gral\\_Telecomunicaciones/webFile\\_18767.htm](http://sie.fer.es/esp/Servicios/Innovacion_Tecnologia/Enlaces_Noticias_interes/Borrador_anteproyecto_Ley_Gral_Telecomunicaciones/webFile_18767.htm) [en línea] (Consultado 21/02/2012).

<sup>1174</sup> CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES CONGRESO DE LOS DIPUTADOS X LEGISLATURA Núm. 62-1.SERIE A: PROYECTOS DE LEY 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013.PROYECTO DE LEY 121/000062 Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones. Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-62-1.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-62-1.CODI.%29#(Página1)) [En línea] (Consultado 11/10/2013).

<sup>1175</sup> LEY 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones. (BOE Núm. 114 de 10/05/2014).

<sup>1176</sup> Ver en: <http://ep00.epimg.net/descargables/2013/02/24/bc2701232a3bdf5a7d199cb40af021e0.pdf>

La preocupación es mayor en el sentido, como lo precisa la Vicepresidenta de la Comisión Europea<sup>1177</sup>, que labores de investigación y sanción, sean trasladadas al Ministerio de Industria, sin olvidar que la génesis de este proyecto tiene como soporte el informe elaborado para Telefónica por PWC denominado “*Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*” ya en parte examinado. Unido ello a una política exagerada de nombramientos en el último momento del anterior Gobierno, lo cual obliga a reflexionar sobre cómo mejorar y qué incentivos y desincentivos deberían tener los partidos políticos<sup>1178</sup>. Lamentablemente, no sería de extrañar que la respuesta previsible y preferida de la oposición, cuando cambie el poder, será deshacer lo hecho aquí y ahora, destejiendo el hilo de Penélope, cuya urdimbre somos los ciudadanos y las Instituciones. Falta calidad en la forma de gobernar por todos los partidos políticos. Y el desafecto ciudadano es creciente precisamente porque comprueban como el juego político es asfixiante, endogámico, cerrado, oculto, sin transparencia, ni publicidad ni responsabilidad.

El texto aprobado que corresponde a la Ley incorporó en su totalidad las enmiendas presentadas por el Partido Popular que logró suscribir acuerdos con otros grupos políticos en algunos aspectos controversiales como lo eran las Salas del Consejo, el número de miembros que harán parte del Órgano de Gobierno, modificaciones que atendieron a los compromisos adquiridos con la Comisión Europea<sup>1179</sup>. Asimismo se incorporó un catálogo amplio de funciones que serían transferidas por los reguladores a las dependencias atendiendo a su carácter administrativo tales como el manejo de los registros de operadores o de la numeración, que son elementos esenciales para el desempeño de las tareas de regulación.

La tramitación Legislativa culmina con la aprobación y publicación en el Boletín Oficial del Estado la Ley 3/2013 por la cual se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 4 de junio del 2013<sup>1180</sup>, cuyo objeto es la de reorganizar todos los organismos reguladores existentes en una sola entidad y cuya finalidad es la garantizar el correcto funcionamiento de los diversos mercados y de los diversos sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios. La ley fue publicada el día 5 de junio de 2013 y conforme a la

---

<sup>1177</sup> OGLETHORPE, KATY. *Spain. The painful...* Op. cit. 31.

<sup>1178</sup> Una fórmula que debería inspirarse en técnicas que aúnen independencia y conocimiento comprobable, transparente y publicitado. Vid SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO y BILHIM, JOÃO. “*La racionalidad política...*” Op. cit. Pp. 36 y ss.

<sup>1179</sup> MONFORTE, C y DE MIGUEL. B. “*Soria cierra acuerdo con la CE para la fusión de los reguladores*”. Cinco Días. Edición impresa 27 de febrero de 2013. Pp. 8 y en INFORMACIÓN & FINANZAS.COM. “*El Gobierno coincide con Bruselas en garantizar la independencia de la CNCM*”. Información & Finanzas.Com. Disponible en: <http://www.finanzas.com/noticias/economia/20130225/gobierno-coincide-bruselas-garantizar-1738580.html> [en línea] (Consultada el 26/02/2013).

<sup>1180</sup> LEY 3/2013, de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE Núm. 134 de 5/06/2013)

Disposición adicional segunda. Extinción de organismos.

1. La constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

disposición adicional undécima esta empezaría a regir el día posterior de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

#### **4.6. CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA COMISIÓN**

Las disposiciones adicionales de la Ley, vienen a precisar los plazos para la constitución y puesta en marcha de la CNMC, así como, la extinción de las entidades preexistentes, **Disposición adicional primera. Constitución y ejercicio efectivo de las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Disposición adicional segunda. Extinción de organismos.**

En la disposición adicional primera, precisa todos y cada una de las etapas y plazos que el Gobierno y tiene para la puesta en marcha de la esta nueva entidad, teniendo como plazo máximo el de 4 meses los cuales empiezan a contar desde el día siguiente a la publicación de la Ley en el BOE<sup>1181</sup>. Señala en el apartado cuarto de la disposición, la puesta en marcha solo será efectiva cuando la CNMC se iniciará en la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad y, en todo caso, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley. Lo que implica que dentro de este plazo se tendrá que haber producido la transferencia del total de los bienes materiales y de las funciones de las anteriores comisiones, de acuerdo a los criterios previstos en la Ley y de los medios presupuestarios suficientes para el desempeño de las funciones asignadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La Disposición Adicional segunda en relación con el artículo 1, denominado La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, hace referencia a la nueva entidad, sus características, funciones y objetivos, los cuales se orientan a garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la libre concurrencia de los mercados y sectores productivos, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios y que su competencia está en relación con todos los mercados o sectores económicos.

La creación de esta nueva entidad implica la extinción de las anteriores Comisiones cuyas competencias están dirigidas a regular sectores específicos de la economía de allí que la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del

---

<sup>1181</sup> Dentro de las objeciones presentadas por parte de la Comisión Europea, se aludía al escaso tiempo para la entrada en vigor de la nueva Comisión, atendiendo a que es imposible que todos y cada uno de los asuntos puedan ser asumidos por este nuevo organismos, se puedan realizar los empalmes correspondientes. Se había sugerido en el mes de marzo ampliar el plazo para la constitución de la nueva Comisión y de prever algunos mecanismos para garantizar la continuidad de la regulación o determinar un período de vacancia regulatoria tal como sucedió en Alemania en el año 2005, cuando se creó la Agencia de la Red Federal de Electricidad (Bundesnetzagentur), Gas, Telecomunicaciones, anuncio y Ferrocarriles es una autoridad federal superior independiente dentro de la cartera del Ministerio Federal de Economía y Tecnología (BMW) con sede en Bonn. Desde el 13 de Julio de 2005, la antigua Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correos, que el Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones (Ministerio de Correos) y la Oficina Federal de Correos y Telecomunicaciones (BAPT), ha sido renombrado Agencia Federal de Redes.

Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de regulación Ferroviaria, el Consejo Nacional del Juego y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Las competencias para el ejercicio efectivo de la Comisión las podemos clasificar de la siguiente manera:

<b>CONSTITUCIÓN Y EJERCICIO EFECTIVO DE LAS FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA</b>	
<b>COMPETENCIAS DEL GOBIERNO</b>	<b>COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN</b>
<p>1. Elaboración y aprobación del Estatuto Orgánico de Funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1182</sup>, dentro de los 2 meses la entrada en vigor de la Ley, como se precisa en la Disposición final décima<sup>1183</sup></p> <p>2. Inmediatamente después de la aprobación del Estatuto Orgánico, el Ministro de Economía y Competitividad propondrá al Gobierno el nombramiento de los miembros del Consejo, quienes comparecerán ante el Congreso, que tendrá un mes para vetarlos en los términos del artículo 15 de esta Ley.</p> <p>3. En el plazo de 20 días desde la publicación del Real Decreto de nombramiento de los miembros del</p>	<p>Una vez configurado el Consejo de la Comisión, dentro de un plazo de un mes esta deberá:</p> <p>a) Nombramiento del personal directivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26.3 de esta Ley.</p> <p>b) Elaboración del Reglamento de funcionamiento interno.</p> <p>c) Integración de medios personales y materiales que correspondan a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.</p>

<sup>1182</sup> Artículo 26. Estatuto Orgánico y Reglamento de funcionamiento interno.

1. El Gobierno aprobará, mediante real decreto, el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

2. El Estatuto Orgánico determinará la distribución de asuntos en el Consejo entre el pleno y las salas y las funciones y la estructura interna de las Direcciones de instrucción y demás áreas de responsabilidad, cualquiera que sea su denominación, al frente de las cuales se designará al personal directivo.

<sup>1183</sup> Disposición final décima. Habilitación normativa.

1. El Gobierno podrá dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de esta ley.

2. En el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo de Ministros aprobará mediante real decreto, el Estatuto Orgánico a que hace referencia el artículo 26 de esta Ley, en el que se establecerán cuantas cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resulten necesarias conforme a las previsiones de esta Ley y, en particular, las siguientes:

a) La estructura orgánica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

b) La distribución de competencias entre los distintos órganos.

c) El régimen de su personal.

Consejo, se procederá a la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a través de la constitución del Consejo. Una vez constituido, el Consejo procederá a nombrar al Secretario.	
4. La posibilidad de dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de esta Ley <sup>1184</sup> .	

**Cuadro 32- Fuente Ley 3/2013 – Creación Propia: Constitución y Ejercicio Efectivo de las Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.**

Atendiendo a las obligaciones descritas en el cuadro, dentro del plazo de dos meses contados desde la publicación de la Ley, el Gobierno el día 30 de agosto aprobó el Estatuto Orgánico a través del Real Decreto 657/2013<sup>1185</sup>, donde se define la estructura de la Comisión, así como la distribución competencial entre las diferentes Direcciones y Subdirecciones creadas a través de la Ley y de este Estatuto.

Dentro del plazo, el Gobierno procedió a la designación tanto del Presidente, Vicepresidente y demás Consejeros de la Comisión, previa comparecencia ante la Comisión del Congreso de los Diputados el día 5 de septiembre<sup>1186</sup>, quienes no objetaron ninguno de los nombramientos propuestos, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley<sup>1187</sup>. Los nombramientos fueron realizados el día 9 mediante Real Decreto y publicados el día 10 de septiembre en el Boletín Oficial del Estado.

Una vez efectuado su nombramiento y dentro del plazo 20 días previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley, el día 25 de septiembre se produjo la constitución de la Comisión.

Para la puesta en marcha de la entidad, la Ley en la Disposición Adicional en su apartado 4 dispone que es necesario que ésta cuente con el pleno ejercicio por parte de sus órganos de las funciones que tienen atribuidas y que será el Ministerio de Economía y Competitividad mediante Orden y dentro del plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor quien así provea. A tal efecto, la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia, en cumplimiento de lo

<sup>1184</sup> Disposición final décima. Habilitación normativa

...

1. El Gobierno podrá dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de esta Ley.

<sup>1185</sup> REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013).

<sup>1186</sup> CORTES GENERALES DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS COMISIONES. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 393.ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD.PRESIDENCIA DEL EXCMO. SR. D. SANTIAGO LANZUELA MARINA. Sesión núm. 35 Celebrada el jueves 5 de septiembre de 2013. Comparecencias de candidatos propuestos por el Gobierno para consejeros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (Número de expediente 276/000013.). Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF) [En línea]. (Consultado el 10/10/2013).

<sup>1187</sup> Artículo 15. Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo.



dispuesto por la Ley, el día 4 de octubre, comunicó al Ministerio de Economía y Competitividad tras el cese que habría de producirse, con el fin de que expida la correspondiente Orden en la que se determina la fecha de la puesta en funcionamiento de la Comisión. Es así que mediante la Orden ECC/176/2013, de 4 de octubre, se determina que la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1188</sup>, precisando que esta empezará a ejercer las funciones el día 7 de octubre de 2013.

La transición hacia la puesta en marcha de la CNMC, se complementa con lo previsto en las disposiciones transitorias, Disposición transitoria tercera. Continuación de funciones por los organismos supervisores, señalando que hasta que no se constituya de forma efectiva la Comisión las demás funciones atribuidas a los organismos reguladores, serán siendo ejercidas, salvo las que aquellas que en virtud de lo previsto en el Ley sean transferidas a otras entidades o departamentos ministeriales, las cuales se incorporarán en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la presente Ley. Lo cual puede derivar en nuevos inconvenientes para los agentes respecto de los trámites que tengan que realizar en el ejercicio de las nuevas funciones para las entidades que asumen este cúmulo de competencias<sup>1189</sup>.

Para tal efecto tanto la Ley en su Disposición transitoria primera, como en el Estatuto Orgánico en sus Disposiciones adicionales transitorias primera, segunda y tercera<sup>1190</sup> prevén la subsistencia de órganos y unidades hasta la puesta en marcha de la Comisión, la vigencia de la normativa reglamentaria y el régimen transitorio de los procedimientos de tramitación<sup>1191</sup>.

---

<sup>1188</sup> Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 239 de 5/10/2013) Sec. I. Pág. 81839. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/05/pdfs/BOE-A-2013-10371.pdf> [En línea]. (Consultado 11/10/2013).

<sup>1189</sup> Disposición transitoria tercera. Continuación de funciones por los organismos que se extinguen.

Desde la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hasta su puesta en funcionamiento, los organismos supervisores continuarán ejerciendo las funciones que desempeñan actualmente. Durante este periodo los miembros del Consejo permanecerán en su cargo en funciones y los organismos tendrán plena capacidad para desempeñar su actividad.

<sup>1190</sup> Disposición transitoria primera. Subsistencia de órganos y unidades.

1. De conformidad con lo dispuesto por la disposición transitoria tercera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, hasta la puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se mantendrán en el ejercicio de sus funciones tanto los órganos que se extinguen como sus titulares, incluidos aquellos que lo sean de los diferentes órganos de dirección de los mismos.

2. Las unidades y puestos de trabajo con nivel orgánico de subdirección general o similar y las de niveles inferiores existentes en los órganos que se supriman, subsistirán y serán retribuidos con cargo a los mismos créditos presupuestarios hasta que se apruebe una relación de puestos de trabajo adaptada al presente real decreto.

Disposición transitoria segunda. Vigencia de la normativa reglamentaria.

Sin perjuicio de lo establecido en la disposición derogatoria única, mantendrá su vigencia hasta la efectiva puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la normativa de rango reglamentario necesaria para que los organismos supervisores que se extinguen continúen ejerciendo sus funciones conforme a lo previsto por la disposición transitoria tercera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1191</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de

Como primer criterio se indica que hasta que la nueva entidad no se pusiera en marcha, es decir, hasta que no se profiera por parte del Ministerio de Economía la Orden<sup>1192</sup> donde se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el ejercicio efectivo de las funciones, tanto los órganos que se extinguen como sus titulares, incluidos aquellos que lo sean de los diferentes órganos de dirección de los mismos, continuarían.

En lo que respecta a las unidades y puestos de trabajo con nivel de Subdirección o similares, o las de nivel inferior existentes de los órganos que se supriman, subsistirán y continuaran siendo retribuidos con cargo a los mismos créditos presupuestarios hasta que se apruebe la relación de puestos de trabajo que se encuentran previsto en el Estatuto Orgánico aprobado mediante Real Decreto.

Respecto a la vigencia normativa de normas con rango de reglamento para los organismos que se fusionan, permanecerá vigente hasta que la nueva Comisión comience a ejercer sus funciones conforme a los dispuesto en la disposición transitoria de la Ley 3/2013<sup>1193</sup>.

La Disposición transitoria tercera del Estatuto tiene relación directa con la Disposición adicional quinta de la Ley<sup>1194</sup> que prevé cómo será el régimen a aplicar de los procedimientos

---

junio de 2013. Disponible en: [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne70\\_13.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne70_13.pdf) [En línea] (Consultado 08/08/2013). La Comisión es muy crítica sobre este aspecto, en el sentido que afirma que lo que se realizó por parte del Gobierno fue reproducir textualmente lo previsto en la disposición transitoria única del Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia y que atendiendo a la importancia, funciones del nuevo organismos regulador y el sistema dual del personal de las entidades fusionadas no era oportuna su reproducción atendiendo al contexto en el que se crea la nueva Comisión. En este sentido se indica en el citado informe, que el modelo escogido para la Comisión Nacional de la Competencia, respondía a un sistema piramidal y lo que se pretendió fue bajo una sola estructura integrar el Servicio y el Tribunal de la Competencia y el personal funcionario que la integraba. Esta situación no es la misma que sucede con la creación de la CNMC, ya que confluyen dos tipos de personal y funciones opuestas. El éxito de la Comisión es contar con una estructura organizativa y de personal sólida que permita garantizar la continuidad de las funciones y de la independencia de las diversas autoridades Reguladoras que se agrupan en la CNMC, si no se garantizan estos aspectos, puede derivar en una pérdida de eficacia en la supervisión y en la calidad misma de la regulación.

<sup>1192</sup> Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 239 de 5/10/2013) Sec. I. Pág. 81839. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/05/pdfs/BOE-A-2013-10371.pdf> [En línea]. (Consultado 11/10/2013).

<sup>1193</sup> Disposición transitoria tercera. Continuación de funciones por los organismos que se extinguen.

Desde la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hasta su puesta en funcionamiento, los organismos supervisores continuarán ejerciendo las funciones que desempeñan actualmente. Durante este periodo los miembros del Consejo permanecerán en su cargo en funciones y los organismos tendrán plena capacidad para desempeñar su actividad.

<sup>1194</sup> Disposición transitoria quinta. Procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

1. Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

2. La constitución y puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se podrá considerar una circunstancia extraordinaria que, conforme a la legislación específica aplicable,

en tramitación antes de la entrada en vigor de la Comisión; para tal efecto, los procedimientos relacionados con las funciones de defensa de la competencia y de supervisión de los sectores regulados, iniciados antes de la constitución de la Comisión, seguirán siendo tramitados por los órganos previamente existentes hasta la efectiva puesta en marcha de la Comisión.

Y cobra plena vigencia el apartado segundo de la disposición transitoria quinta de la Ley, que indica que una vez puesta en marcha la entidad, se podrá considerar alguna circunstancia extraordinaria que, conforme a la legislación específica aplicable, permitirá la ampliación del plazo máximo para resolver los procedimientos sometidos a caducidad o afectados por el silencio administrativo.

Podemos afirmar que el modelo aprobado y que procederemos analizar, no solo implica un cambio en la política regulatoria, sino en el entorno empresarial y las relaciones entre éstos, la autoridad reguladora y los diferentes organismos ministeriales y de la forma de cómo se concibe la labor del regulador atendiendo a la lectura detallada de las Directivas y Recomendaciones proferidas por la Comisión Europea. Es por estas razones y consideraciones dadas por la Comisión Europea que nos adherimos a lo expuesto por los profesores Ariño y de la Cuétara en su WorkingPaper 42<sup>1195</sup>, quienes precisan:

*Pero existen buenas razones para calificar cuando menos de ‘arriesgado’ este proyecto. La principal es que los reguladores sectoriales no son meros organismos administrativos intercambiables, sometidos a los azares del Gobierno. En su médula, en la esencia misma de su ser, está precisamente su aislamiento de los vaivenes políticos; por eso ni pueden considerarse simple unidades administrativas dependientes del Gobierno de turno. Al tratarlos como si lo fuera, el proyecto ha tocado un punto muy álgido de la regulación y provocado polémica.*

#### **4.6. DIVERGENCIA ENTRE LA CNMC Y EL MODELO COMPARADO**

Sobre el particular, nos permitimos señalar que el modelo Alemán a diferencia del modelo propuesto tanto en informe elaborado por la firma PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC) y por el Ministerio de Fomento, se infiere claramente la existencia de dos organismos, cuyas funciones las cuales se encuentra totalmente diferenciadas, el Regulador o Agencia Federal de Redes “Die Bundesnetzagentur” (donde confluyen los sectores de energía, postal, telecomunicaciones y ferroviario), con diferentes atribuciones y con regulaciones acordes a los sectores que a bien se sirve regular y una Autoridad de Competencia “Das Bundeskartellamt”, la cual ejerce horizontalmente todas las funciones que le han sido asignadas en pro de garantizar la competencia, para lo cual realiza investigaciones, resuelve expedientes,

---

permitirá la ampliación del plazo máximo para resolver los procedimientos sometidos a caducidad o afectados por el silencio administrativo.

<sup>1195</sup> Ibidem. Pp. 5.

efectúa estudios con el fin de determinar las condiciones de competencia en los diversos mercados, etc. Si bien, es un modelo a seguir dista considerablemente de la estructura y distribución de funciones que se señala por parte del Gobierno con la nueva entidad.

Sin dudarlo, la ventaja que tiene este modelo es que es una experiencia consolidada y asentada, de más de 9 años (2005-2014), de allí que se pueda comprobar su estructura, la eficacia de las medidas que se han impuesto y los resultados producto de la fusión<sup>1196</sup>.

Su particularidad, es que conservó los elementos y particularidades de cada uno de los organismos reguladores que se integraron en el “*Die Bundesnetzagentur*” y la estructura y funciones propias de la Autoridad de Competencia, siguiendo la línea señalada por parte de la Comisión Europea la cual estableció cuales son los límites y funciones que deben desempeñar este tipo de autoridades, atendiendo a que cumplen funciones y objetivos diferentes.

La autoridad de la industria de red, fue creada para regular *ex ante* a los mercados con el fin de dar solución a través de los diversos mecanismos previstos a los problemas existentes, o el mantenimiento de las condiciones de competencia; la autoridad de competencia sus poderes son *ex post*, en su mayoría de carácter sancionador y su finalidad es verificar la existencia de una competencia efectiva en los mercados; de allí ha radicado el éxito del modelo alemán, sin dejar de lado que tanto aspectos tales como la dimensión geográfica, el tamaño de los mercados eran determinantes para optar por este referente con matices claros y no el modelo holandés, o peor aun hacer una mixtura de ambas instituciones en una sola institución, sin unas directrices claras a seguir<sup>1197</sup>.

Si bien este modelo ha sido éxito para el sistema Alemán, replicarlo en el sistema Español tal como se insistió por parte del Gobierno no era factible. Un modelo de tal envergadura no puede reproducirse sin analizar la especialidad de los sectores, sus rasgos característicos, precedidos un largo período de creación tanto de la propuesta como de la Ley; vale la pena recordar que la Bundesnetzagentur surge como producto de estudios en los que se constató la necesidad de contar con una sola Autoridad Regulatoria de la Red en 2002 atendiendo a los elementos comunes de los mercados basados en infraestructuras de Ley, de la selección de una Comisión que lideraría el proceso y en la cual gravitará todo el proceso de integración y un adecuado régimen de transición fundamentado en la asunción de competencias de manera gradual en materia energética y de gas en el año 2005 y del sector ferroviario a partir del 1 de enero del 2006, lo que permitía que su estructura se organizara conforme a estas funciones y el impacto para los operadores fuera menor.

Otra de las particularidades del modelo, es que si bien bajo una sola denominación confluyen todas Comisiones basadas en infraestructuras de Red, el funcionamiento interno de dicha

---

<sup>1196</sup> LÓPEZ GALDÓS, MARIANELA. “Proyecto de Ley para la Creación de la Comisión de Mercados y Competencia: comentario desde una perspectiva institucional comparada”. En VVAA: *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. N° 31, 2013. Pp. 91-105.

<sup>1197</sup> GRUPO DE TRABAJO DE POLITICAS PÚBLICAS Y REGULACION COIT. “Reforma...Op. cit. Pp. 56.

Comisión, es diametralmente opuesto. Cuentan efectivamente con un Presidente y dos Vicepresidentes para las cuestiones representativas de la Agencia, pero internamente funcionan de manera a través de Comités para cada uno de los sectores regulados, que cuentan con su propio personal, funciones separadas, procedimientos diferentes, inspectores y técnicos para cada mercado en concreto y particularmente sedes distintas<sup>1198</sup>. De allí que el ahorro que se predica en contar un solo cuerpo de personal en el CNMC para que cumpla las funciones de inspección teniendo un solo equipo de inspección es contrario a la regla de la sana crítica, ya que para el ejercicio de esta potestad es indispensable contar con conocimientos técnicos, financieros y contables de cada uno de los sectores.

Los modelos de referencia al sistema español, responden a largos procesos de creación, de consenso que condujeron a la modificación de las organizaciones para la consolidación de una nueva estructura regulatoria en caso de Alemania de un solo regulador en materia de infraestructuras de red y una concienciación por parte del Gobierno, de los reguladores sectoriales en su momento, de los agentes participantes en el mercado y de los usuarios, buscando su concurso para evitar inseguridades o errores que podrían afectar a la economía del País. Lo cual condujo a que una vez recibidas todas las consideraciones se llegó a la conclusión de contar con dos organismos uno exclusivamente dedicado a la Regulación de las Redes y de la aplicación de las directrices regulatorias dadas en el seno de la Unión, y otro encargado de la Política de Promoción y Defensa de la Competencia. Como se indica en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, elaborado por la Comisión Nacional del Sector Postal<sup>1199</sup>, hubo un largo proceso, donde se encuentran plazos suficientes de debate, con diálogo suficiente con todos los participantes en el sector, con el fin de poder presentar un único documento acorde a las necesidades de todos y que no derive en exclusiones o no cuente con los suficientes estudios que garanticen la efectividad de las medidas que se quieren alcanzar.

Hoy en día la Autoridad Federal Reguladora de las Infraestructuras de red, atendiendo a las funciones de la regulación, se ha especializado sobre los diversos asuntos como lo son la regulación sobre la entrada al mercado, las obligaciones de servicio universal, la regulación tarifaria y la regulación de los mercados mayoristas y minoristas conforme a lo dispuesto en

---

<sup>1198</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. Respuesta del catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, Tomás de la Quadra-Salcedo, sobre la concentración de organismos supervisores en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, extraída de la entrevista realizada el 12 de septiembre de 2012, en el campus de Getafe de la UC3M. Disponible en: <http://fideca.wordpress.com/tag/organismos-reguladores/> [En línea] (Consultado 20/10/2012).

<sup>1199</sup> COMISION NACIONAL DEL SECTOR POSTAL. Informe sobre el anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) aprobado, por mayoría, por el Consejo de la Comisión Nacional del Sector Postal. Disponible en: [http://www.cnspostal.es/nav\\_docEinformes/nav\\_docInteres/](http://www.cnspostal.es/nav_docEinformes/nav_docInteres/) [En línea] (Consultado 22/03/2012). Donde se precisa como fue el proceso que condujo a la creación de dos entidades una dedicada a la regulación de la red y la otra dedicada a promoción del Derecho de la Competencia como sucedió en el caso Alemán y el desarrollo del modelo Holandés, cuyo nuevo regulador no había empezado a ejercer las competencias y atribuciones dadas en la Ley de su creación.

las Directivas Comunitarias, en los sectores de telecomunicaciones, energía, gas y sector postal, a través de sus 9 cámaras<sup>1200</sup>

Las ventajas que ha derivado este modelo para Alemania, es que se ha reducido considerablemente la captura o secuestro de los reguladores sectoriales tanto por el Gobierno o Autoridades Administrativas y los agentes regulados, sin dejar de lado las reducciones en los costes administrativos se han recortado en un 25% tal como se precisa el informe elaborado por (PwC)<sup>1201</sup>, que en el caso español implicaría un ahorro de varios millones de euros al no contar con varias comisiones y el aparato institucional de cada una de ellas.

El modelo previsto en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1202</sup>, dista también fundamentalmente del modelo de la Authority for Consumers & Markets, por los siguientes aspectos<sup>1203</sup>, principalmente por que el mercado holandés es totalmente diferente al modelo español, no solamente en sus dimensiones geográficas, número de habitantes, sino en el tamaño y personal de las entidades que se fusionan cuya planta era significativamente menor a la de las entidades españoles, concretamente a la de la propia Comisión Nacional de la Competencia.

El siguiente cuadro, se especifican las diferencias entre el referente holandés y la CNMC:

<b>PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR</b>	<p>La reforma de la Autoridad Holandesa, tiene como elemento principal la protección de los consumidores, aspecto que no fue tenido en cuenta en la reforma del sistema regulatorio español, lo cual era un elemento fundamental.</p> <p>El modelo español optó por realizar reformas paralelas a través de otros instrumentos, dejando de la lado posibilidad de contar con un marco uniforme en de usuarios en cabeza de la nueva comisión.</p>
---------------------------------	---

<sup>1200</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. “La Nueva Comisión Nacional De Los Mercados... Op. cit. Pp. 8.

<sup>1201</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo. Op.cit. Pp. 35. “Más de 4, 5 millones se obtendrían a través de la reducción de los miembros de los consejos de la CNC, la CNE y la CMT, mediante su consolidación en un único consejo, y de la reducción del número de direcciones y subdirecciones como consecuencia de la duplicidad de funciones y de la simplificación del organigrama tomando como modelo el de la CMT. Atendiendo a la experiencia de Alemania, los costes administrativos podrían recortarse en un 25%, lo que nos permite estimar en más de 3,7 millones de euros de ahorros lo que se obtendría de la reducción del resto de gastos operativos y estructurales como los arrendamientos, así como las sinergias de persona técnico (economistas, abogados, ingenieros...) con competencias comunes.

<sup>1202</sup> OGLETHORPE, KATY. *Spain.The painful...*Op. cit. 31. Quien precisa que si bien se han producido algunas fusiones, entre organismos de vigilancia y regulación afines, el modelo español, es un modelo sin precedentes y de alguna manera viene a desmeritar el trabajo realizado por las autoridades predecesoras como el caso de la Comisión Nacional de la Competencia, la cual desde su creación vino a desempeñar un papel baste activo en la lucha contra los cárteles y la política desarrollada por parte de esta entidad para acabar con las prácticas restrictivas a la competencia.

<sup>1203</sup> LÓPEZ GALDÓS, MARIANELA. “Proyecto de Ley para...Op. cit. Pp. 101.

<p style="text-align: center;"><b>ORIGEN DE LA PROPUESTA</b></p>	<p>En el caso Holandés la iniciativa surgió por parte de las mismas entidades. Su creación es producto de un diálogo permanente entre los diferentes sectores, con escasa participación del Gobierno, a diferencia del modelo español, donde la iniciativa fue del Gobierno con alguna injerencia del sector privado, principalmente en el primer borrador sometido a comentarios de cada sector, de allí que el resultado sea una Comisión con elementos difusos y que muy posiblemente los problemas que iban a ser solventados con su creación puedan aumentarse, por la escasa o nula participación de las comisiones extintas en su proceso de creación<sup>1204</sup>.</p>
<p style="text-align: center;"><b>ESTRUCTURA PROPUESTA</b></p>	<p>La estructura de la ACM, responde a un dialogo permanente entre los diversos grupos de trabajo conformado por parte de las tres autoridades que se unificaron en la comisión, demostrando que la arquitectura institucional no fue elaborada de manera precipitada, incorporando todos y cada uno de los elementos necesario para el ejercicio oportuno de las funciones de tres entidades con competencias diferentes.</p> <p>La ausencia de una Dirección Legal, que posteriormente fue reconocida por una subdirección en Estatuto Orgánico, denota la falta de análisis no solo del modelo Holandés, sino del modelo de la propia Comisión Europea, que tiene una dirección encargada de verificar la legalidad de sus decisiones y de la seguridad jurídica que quiere ser alcanzada con cada medida que se quiera implantar en cada sector en mercado en General<sup>1205</sup>.</p>

**Cuadro 33 - Fuente López Galdós, Marianela – Creación Propia: Diferencias entre el Modelo Holandés y el Modelo Español.**

<sup>1204</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO... Óp. cit. Pp. 3. Donde se precisa que este anteproyecto es producto de una necesidad por parte del Estado de reducir los gastos y que por lo tanto es necesario antes de ponderar el aspecto económico como un elemento fundamental para superar la crisis económica que se habrá espacios de discusión tendentes a determinar la viabilidad de la medida, su pertinencia y eficacia Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que dio lugar a la creación de la CNC en septiembre de 2007, supuso un cambio meditado y consensuado en el modelo institucional de aplicación del derecho de la competencia en España. Este nuevo modelo fue fruto de un proceso de reflexión y debate que implicó a las autoridades de competencia, a la Administraciones Públicas competentes y a la propia sociedad civil. Para su consecución se articularon propuestas a través de un Libro Blanco que fue sometido a consulta pública, previa a la redacción del APL de norma, que culminó su tramitación parlamentaria siendo aprobada como Ley con el consenso prácticamente unánime de todos los grupos parlamentarios.

La actual propuesta de reforma del modelo de órganos reguladores y de competencia ha seguido un cauce opuesto. No parece haberse contado con el asesoramiento de los organismos independientes involucrados ni se ha producido un debate abierto con el resto de potenciales interesados o afectados. Todo ello pese a ser un proyecto de reasignación de competencias y de reforma institucional de mayores dimensiones que el anteriormente descrito, de no tener precedentes contrastables en el ámbito internacional y, específicamente, comunitario y de comportar un elevado riesgo de pérdida de eficacia en el desempeño de las importantes funciones que se le encomiendan de no acertar en el diseño institucional.

<sup>1205</sup> *Ibíd.* 101.

La particularidad del modelo que dista de la formula acogida en España, es que tanto la organización, los procedimientos y los poderes del nuevo regulador, no fueron incorporados dentro de la Ley de Creación de la nueva entidad, sino que presento otra iniciativa legislativa, producto las reuniones realizadas en los grupos creados por parte de las tres entidades que se fusionaron, con el fin crear una adecuada arquitectura institucional para la nueva entidad, proyecto que se esperaba que fuera aprobado a finales del año, para entrar en vigor el 1 de enero de 2014.

A la espera de esta nueva Ley, que complementaría el marco competencia y organizativo de la ACM, se estableció en la Ley de creación que la ACM, funcionaria y seguiría adelantando sus procedimientos conforme a las leyes y mandatos de las tres autoridades, evitando así solapamientos entre los procedimientos y lograr un régimen de transición más adecuado para el mercado y para la nueva entidad<sup>1206</sup>.

Lo que permite concluir, que este modelo no aportó mayores datos en cuanto a reducción de costes, eficiencia en la regulación; por el simple hecho de ser una entidad que solamente se encuentra diseñada en el papel cuando se proyecta el cambio en España, pero que no ha aportado índices en cuanto a la función que ella desempeña y no cumplen los criterios para ser un elemento contrastable para el nuevo diseño institucional de los reguladores sectoriales y de competencia en España.

Revisado los modelos tenidos en cuenta y las particularidades de cada modelo, la Memoria de Impacto<sup>1207</sup> presenta un cuadro resumen las ventajas de cada modelo y que las implicaciones que tendría la adopción de cada uno, en aras de la consecución de los objetivos que inspira la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pero son cuestionables a falta de datos y sobra de teoría y por consiguiente el modelo es único en el entorno Europeo.

---

<sup>1206</sup> <http://www.jonesday.com/antitrust-alert--the-netherlands-launches-new-consumer-and-market-authority--the-new-dutch-super-regulator-04-04-2013/>

<sup>1207</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS. Op. cit. Pp. 17.



ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS VENTAJAS DE LAS TRES ALTERNATIVAS CONSIDERADAS			
VENTAJAS	MODELO HOLANÉS (integración CNC con el organismo multisectorial)	MODELO ALEMÁN (integración sólo de los organismos sectoriales)	MODELO MIXTO (trasvase de las competencias de la CNC al organismo multisectorial en los sectores de las industrias de red)
Ahorro en infraestructuras, consejeros, gastos de administración y operativos, recursos humanos redundantes	Máximo	Mínimo	Medio
Reducción de tareas duplicadas CNC - organismo sectorial	Máximo	No se eliminan	•Se eliminan algunas duplicidades, pero, dadas las interconexiones entre sectores regulados y no regulados, la necesidad de que haya personal cualificado para investigar estos expedientes en ambos organismos introduce duplicidades.
Aplicación más coherente de la política de competencia y reducción de riesgo de fallos de coordinación	•Se eliminan los riesgos y se optimiza la coherencia en la aplicación de la política de competencia	•No se elimina el riesgo de fallo de coordinación entre regulador sectorial – CNC, pero se garantiza una aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia.	•Los riesgos de fallo de coordinación aumentan considerablemente ya que son dos autoridades distintas las que se encargan de aplicar una misma ley, por lo que, para garantizar la uniformidad de criterio, la necesidad de coordinación sería mucho más elevada. •Los riesgos de fallo de coordinación aumentan en expedientes donde haya interconexiones.
Ganancias de eficacia en cuanto al objetivo de velar por la competencia	•Se maximizan, al garantizar: a) unicidad de criterio y fortaleza de la institución; b) mejor input para la instrucción; c) elevación del perfil económico en las funciones de regulación y del perfil técnico en las de supervisión ex post.	•Medio, al garantizar la unicidad de criterio en los modelos de red sin que se cosechen las sinergias del primer modelo.	•La separación de la autoridad de competencia por sectores se considera nociva ya que se pierde la perspectiva de los mercados, muy interconectados en la generalidad de los casos. •La pugna entre autoridades sobre cuál es el mercado relevante y por a quién le compete la resolución de expedientes puede, por un lado, retrasar indebidamente la iniciación de procedimientos y, por otro lado, reducir la eficacia general de la política de competencia (cada autoridad “pelearía” por lo suyo, existiendo el riesgo de que las pugnas se resuelvan por criterios distintos a los económicos).

**Cuadro 34 - Fuente Memoria de Impacto, Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Análisis Comparativo de las Ventajas de las Tres Alternativas Consideradas.**

Si bien los modelos que sirven de sustento a esta reforma están descritos sobre el papel, hay que tener presente sus antecedentes, su desarrollo y los resultados que han obtenido, en este caso particular los del regulador Alemán Pero no del caso Holandés que es un modelo aun en construcción, que responde a un nuevo modelo regulatorio en el seno de la Unión Europea y que solo la practica decisoria de la propia entidad determinará si efectivamente la convergencia tanto de la regulación como la competencia pueden permanecer bajo un misma entidad. Sobre todo atendiendo a los propios parámetros que la jurisprudencia, principalmente las Sentencias proferidas en los asuntos Deutsche Telekom, Wanadoo y Telefónica, donde se determinó el alcance y competencias tanto de la intervención *ex ante*, como la *ex post*, como criterios complementarios y sucedáneos en el tiempo, ya que los mecanismos propios de la regulación atendiendo a su carácter previo y preventivo, se aplican de manera preferente en razón que muchas de las medidas que son impuestas pueden ser incorporadas muy fácilmente en la estructura empresarial a diferencia de la intervención *ex post*, caracterizada fundamentalmente por un carácter sancionador. Ahora bien, el problema que subyace es el carácter prevalente que dentro de la Unión Europea tiene el Derecho de la Competencia, como uno de los valores que

permiten la consolidación de un Mercado Único Europeo, atendiendo a su incorporación en los Tratados fundacionales de la Unión Europea y de la Regulación como un instrumento para la consecución de este objetivo.

En todo caso, cómo se ha referido anteriormente, no es un modelo contrastable del cual se puedan inferir datos o aspectos relevantes de su función, sin olvidar que el modelo Español desde la incorporación de estas Comisiones, producto de la liberalización, optó por la creación de entes regulatorios de carácter uni-sectorial, el cual se ha implantado en toda la Unión Europea, con una clara tendencia a unificar a reguladores afines como sucede en los sectores de telecomunicaciones, audiovisual y sector postal.

La consideración que el modelo comparado es válido para justificar la creación de un ente de esta naturaleza, carece de validez, fundamentalmente, por la estructura de mercado de Alemania y la ausencia de datos contrastables del modelo Holandés que permitan verificar la viabilidad del modelo, que si bien lleva un año funcionando, puede considerarse que responde a ún modelo todavía en construcción, atendiendo a que no se ha definido en su totalidad su estructura, continua operando bajo las reglas y procedimientos las entidades que se fusionaron y aun no se han presentado asuntos que puedan derivar en divergencia de criterios en materia regulatoria y en materia de competencia.

El modelo por el que se optó en España es un modelo único, que responde a una mezcla de diferentes elementos en cuanto a la composición de sus órganos, la forma de designación de sus miembros, las salas que lo componen, que no tienen un referente claro respecto a las líneas de actuación a seguir, la forma como deben resolverse los conflictos y propio funcionamiento interno de la entidad<sup>1208</sup>.

Lo que se puede concluir de la experiencia internacional, es que existe una tendencia de contar con un modelo convergente en el que sectores que cuenten con similitudes bajo un solo regulador como puede suceder en el caso de los sectores de telecomunicaciones, audiovisual y postal, siendo el referente principal el modelo del Reino Unido que en el año 2003 creó una sola autoridad reguladora de la competencia en materia de telecomunicaciones, radiodifusión y servicios postales del Reino Unido, denominada OFCOM (Office of Communications), dicha autoridad cuenta con en materia de televisión, la radio, las telecomunicaciones y los servicios postales; como principales obligaciones tiene la de proteger los intereses de los ciudadanos y consumidores mediante la promoción de la competencia y proteger al público de contenidos dañinos u ofensivos. En cuanto a las sus principales funciones se destacan la de otorgar licencias, realizar investigaciones, la protección del espectro radioeléctrico de los abusos, entre otros. Pero no es una tendencia generalizada en toda la Unión Europea y respecto a todos los

---

<sup>1208</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. "A propósito de la reforma de los organismos reguladores". Expansión. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/04/23/opinion/tribunas/1335217244.html> . [En línea]. (Consultado 10/05/2012).

sectores, y son escasos los países que han acogido un modelo de un regulador multisectorial<sup>1209</sup>, cuya característica fundamental es regular a sectores que cuentan con infraestructuras difícilmente replicables (electricidad, transportes, telecomunicaciones)<sup>1210</sup>. Ambos modelos-alemán y británico - tienen como particularidades que, como producto de las revisiones periódicas de las Directivas, se considera oportuno aumentar el número de competencias asignadas a estas entidades en atención a los intereses que defienden y la protección efectiva de los derechos de los usuarios, los cuales se verían reducidas si se sigue el modelo de distribución de competencias en la CNMC y los Ministerios<sup>1211</sup>.

---

<sup>1209</sup> SIFONTES, DOMINGO. “Regulación Económica y Agencias Regulatorias Independientes: Una Revisión de la Literatura”. En VVAA: “Contribuciones a la Economía”. Disponible en: <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm> [en línea]. (Consultada 15/03/2012).

<sup>1210</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE Año 2012 X Legislatura Núm. 30. Sesión plenaria núm. 29 celebrada el miércoles 16 de mayo de 2012- Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL\\_030.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL_030.PDF) [En línea]. (Consultada el 23/05/2012). Vale la pena destacar que en la comparecencia del Presidente del Gobierno preciso que el proyecto puede sufrir algunas modificaciones, que si bien existen dudas en cuanto al funcionamiento y la estructura del nuevo organismo, esto no justifica la existencia de 8 organismos reguladores precisando: *Ya le he dicho que nosotros estamos dispuestos a escuchar atentamente a todo aquel que tenga que hacer alguna observación sobre este asunto, pero tengo que decir que no comparto con usted que este modelo sea el de Estonia. En el Reino Unido todos los reguladores sectoriales aplican la ley de defensa de la competencia en sus respectivos sectores, sin embargo en Alemania existe un único regulador multisectorial que agrupa la supervisión de los distintos sectores regulados. Porque un sistema sea nuevo o diferente no es mejor o peor, lo que importa es estudiar bien las alternativas y que la integración se lleve a cabo cuidadosamente, con un diseño adecuado de la nueva institución y de la valía y profesionalidad del personal que la integra. Yo no tengo tantas dudas como tiene usted en relación con este asunto, pero en cualquier caso, como le he dicho, estoy dispuesto a considerarlo, aunque creo que es bueno que haya un solo organismo supervisor porque no tiene ningún sentido que haya ocho organismos supervisores”*.

<sup>1211</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2012/398). Disponible en: [http://www.cmt.es/cmt\\_ptl\\_ext/SelectOption.do?nav=resoluciones\\_informes](http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=resoluciones_informes) [En línea] (Consultada 22/03/2012). Óp. cit. Pp., 35 y ss.

## Capítulo V

# Naturaleza Jurídica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

---

### 5.1. NATURALEZA Y REGIMEN JURIDICO

#### 5.1.1. La independencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El CAPITULO I de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia denominado NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO, en los cuatro primeros artículos, señala los derroteros de la Nueva Autoridad Reguladora y de Competencia. En su examens se puede determinar cuáles son los rasgos característicos de esta entidad, en particular si es o no una Administración Pública al uso; si efectivamente cumple o no con las garantías formales exigidas por parte de las Directivas Comunitarias respecto a los nombramientos y cese de los miembros de los Órganos de Gobierno; régimen de adscripción y por consiguiente su autonomía respecto del poder Público.

Partiremos del análisis de su régimen jurídico, para posteriormente analizar si efectivamente la nueva Comisión puede ser considerada como una Administración independiente.

#### **5.1.1.1. Régimen Jurídico**

El Artículo 1 de la LCCNMC, viene a señalar que la CNMC, es un Organismo Público de los previstos en la Disposición adicional décima de la Ley 6/19994, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, donde se agrupan a todos los organismos públicos a los que se les ha reconocido independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, como sucede con la CNMC. La misma se regirá bajo los criterios previstos en su legislación específica, precisando que tanto el

Gobierno como la Administración General del Estado deberán garantizar los ámbitos de autonomía otorgado en este caso concreto a la CNMC.

El concepto en el que gravita el Régimen Jurídico de las Organismos Públicos que pretendan cumplir con las exigencias del Derecho Europeo, es la independencia<sup>1212</sup>. Hay que proceder a revisar cada uno de los elementos característicos de las Administraciones Independientes con el fin de verificar si efectivamente la nueva Comisión cumple con tales requisitos.

Partiremos de la base que las Autoridades Independientes, son todos aquellos organismos de carácter público a los que se les ha dotado de cierto grado de independencia respecto del Gobierno como del resto de la Administración del Estado, en razón de las funciones que desempeñan, principalmente la de regular a los sectores económicos o de especial incidencia en la economía y dotados de una serie de potestades como lo son la potestad normativa, de autorización de regulación de conflictos entre otras<sup>1213</sup>. Son un centro de gravedad permanente del sector al que regulan o inciden, generando a su alrededor un ordenamiento sectorial.

Para precisar el alcance de la definición de Agencias Independientes, es necesario hacer una lectura conjunta de lo estipulado tanto en la Ley de Creación como en el Estatuto. En nuestro caso, se trata principalmente determinar si la CNMC cumple con los criterios de independencia, neutralidad, eficiencia y especialidad técnica atribuidos concretamente a las AAI. Sumados a los de ser una Administración Pública, de carácter no representativo y diferente a otro tipo de autoridades.

El Artículo 2 de la Ley, denominado Naturaleza y régimen jurídico, indica que es una Comisión dotada de personalidad jurídica propia, con plena capacidad tanto pública como privada para el cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas. Estará sujeta a los controles que sobre ella ejerzan el Parlamento como los jueces, lo que supone una protección normativa de su independencia, ya que de un lado se ve obligada a cumplir estrictamente con el Derecho, que a su vez le sirve de escudo protector frente a injerencias políticas; y, de otro lado, queda sujeta *ceteris paribus* a los mismos controles que tienen las propias Administraciones Públicas de carácter general, equiparándose así, sin jerarquía ni supervisión alguna por parte de éstas, con dichas Administraciones.

El artículo 1 apartado 1, del Estatuto Orgánico, denominado de igual forma que el artículo 2 de la Ley, indica que la CNMC es un organismo público de los previstos por el apartado 1 de la disposición adicional décima de la LOFAGE, dotado de personalidad jurídica propia, con

---

<sup>1212</sup> Es clave en relación con el Derecho comunitario y sus principios, el examen de la obra de ALONSO GARCÍA, RICARDO. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. 3ª Edición. Madrid 2012.

<sup>1213</sup> Una de las definiciones más recurridas por parte de la doctrina es la realizada por MAGIDE HERREO, MARIANO. *Límites constitucionales...* Op. cit. Pp. 33, quien define a este tipo de entidades como “las Administraciones independientes son Administración pública, son Administraciones institucionales no representativas, diferentes respecto de las Administraciones de Apoyo y las Administraciones para el control parlamentario, son Administración Activa, y son constitucionales”.

plena capacidad tanto pública (capacidad que debe provenir de un conjunto de atribuciones dadas por el ordenamiento jurídico) como privada.

Al contrastar la definición dada sobre AAI y la naturaleza otorgada a la CNMC, se concluye que la CNMC cumple en su mayoría con los requisitos formales característicos de este tipo de entidades.

En algunos aspectos, no los cumple, a juicio de autores como NAVARRO RODRIGUEZ<sup>1214</sup> en especial en lo relativo a la quiebra de la relación de sujeción especial y a la independencia frente a la administración gubernativa. La matización en cuanto a su independencia viene dada por la adscripción al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado y Economía y de Apoyo a la Empresa, sin perjuicio de que la CNMC se relacione con los demás Ministerios en ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas<sup>1215</sup>. Sobre el particular, uno de los aspectos más destacables de la Ley de Economía Sostenible<sup>1216</sup>, es que incorporó un sistema de relaciones respecto a los Ministerios, lo cual permitía garantizar la independencia de las Comisiones extintas. Sin embargo, el riesgo que existe bajo un sistema de adscripción proviene de que las decisiones que se adopten por parte de la entidad, salvo las que son de competencia del Presidente o del Pleno del Consejo de la CNMC, serán recurridas por vía administrativa, lo cual se constituye en una excepción a las características propias de este tipo de autoridades<sup>1217</sup>. Se trata de un régimen confuso, necesitado de clarificación. Es cierto que las Resoluciones del Presidente y del Pleno configuran el núcleo duro de las decisiones fundamentales, pero en la medida en que existan ámbitos vacíos de determinación legal que claramente indique que la totalidad del *intus* organizativo dependen de ambos órganos, Presidente y Pleno, queda abierta la posibilidad de entender que existen fórmulas de tutela al Ministerio de adscripción, poco compatibles con la genuina autonomía que se exige de una Administración Independiente. La idea de que existan recursos, normalmente reposición, respecto de los actos no plenarios o presidenciales, coloca en una posición extravagante, por

---

<sup>1214</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. *“La Nueva Comisión Nacional...”* Op. cit. Pp. 12.

<sup>1215</sup> Artículo 2 de la Ley.

4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, sin perjuicio de su relación con los Ministerios competentes por razón de la materia en el ejercicio de las funciones a que se refieren los artículos 5 a 12 de esta Ley.

Artículo 1. Naturaleza y régimen jurídico. Estatuto Orgánico:

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada por el artículo 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, es un organismo público de los previstos por el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía y de Apoyo a la Empresa, sin perjuicio de su relación con los Ministerios competentes por razón de la materia en el ejercicio de las funciones a que se refieren los artículos 5 a 12 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1216</sup> Artículo 9 de la Ley de Economía Sostenible.

3. A los efectos de lo previsto en esta Ley, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se relacionarán con el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; la Comisión Nacional del Sector Postal se relacionará con el titular del Ministerio de Fomento; y la Comisión Nacional de la Competencia se relacionará con el titular del Ministerio de Economía y Hacienda.

<sup>1217</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. *“La Nueva Comisión Nacional...”* Op. cit. Pp. 12. Pp. 12.

mixta y confusa, a esta nueva Entidad. Y ello pese a la advertencia del artículo Artículo 36. “Recursos contra los actos, las decisiones y las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.”, cuando indica una excepción respecto de los asuntos sometidos al Derecho de la Competencia, al indicar:

*1. Los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No obstante, respecto a los actos dictados en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, únicamente podrán ser objeto de recurso aquéllos a los que hace referencia el artículo 47 de dicha Ley.*

Sumando lo anterior a aspectos tales como la disminución de su capacidad normativa en relación con los parámetros respecto al comportamiento de los agentes en los sectores regulados y la reducción o posible eliminación de la independencia que han tenido este tipo de Organismos Reguladores tras su incorporación en el Ordenamiento Jurídico Español, como producto de la devolución de competencias a los Ministerios - el reciente y citado ejemplo de la Ley de Telecomunicaciones, Ley 9/2014 de 9 de mayo, con devolución de veintidós competencias al Ministerio de Industria, es un ejemplo de libro de lo que queríamos indicar - supone un grave atentado a la genuina autonomía e independencia de la nueva Comisión.<sup>1218</sup>

Se confirma así, legalmente inclusive, la crítica que veníamos haciendo sobre la pérdida efectiva de atribuciones de las anteriores Comisiones en comparación con la disminuida CNMC.

#### **5.1.1.2. Régimen Legal.**

Su régimen legal, viene a ser definido tanto en la Ley en su artículo 2.2, así como en lo previsto en el artículo 1.2 del Estatuto Orgánico que indica que la Comisión estará sujeta a lo dispuesto en la Ley de Creación de la Comisión, a lo previsto en su Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico que le resulta aplicable. Particularmente, es el artículo 5 de la Ley<sup>1219</sup>,

---

<sup>1218</sup> Si bien estas son las consideraciones que el Gobierno expuso para la creación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), la Comisión Europea, cuestiono la idea primigenia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, obligando a replantear la propuesta inicial, tal como se afirma en los diarios digitales. Vid. El Confidencial Digital. “*Bruselas frena en seco al Gobierno y su proyecto para crear un Macroregulador de la economía en España. Fue uno de los anuncios estrella del Ejecutivo*”. Disponible en: <http://elconfidencialdigital.com/dinero/075731/bruselas-frena-en-seco-al-gobierno-y-su-proyecto-para-crear-un-macroregulador-de-la-economia-en-espana-fue-uno-de-los-anuncios-estrella-del-ejecutivo>. [En línea]. (Consultado 31/07/2012) y Expansión. “La regulación, otra vez en revisión”. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/07/03/opinion/editorialylaves/1341347689.html>. [En línea]. (Consultado 31/06/2012).

<sup>1219</sup> Artículo 5. Funciones.

1. Corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el ejercicio de las funciones que se recogen en la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como cualesquiera otras que se le atribuyan por norma de rango legal o reglamentario.

que parte de las funciones atribuidas en la Ley, le pueden ser atribuidas por instrumentos exteriores a su normativa de cabecera.

En cuanto a las leyes aplicables y que inciden directamente con la actuación de la Comisión, estas las podemos clasificar, leyes con incidencia directa en el desarrollo de las actividades de la Comisión y leyes supletorias:

**-Incidencia Directa en el desarrollo de las actividades de la Comisión**

1. Derecho de la Competencia:

Ley 15/2007. Ley de Defensa de la Competencia.

2. Sectores objeto de Supervisión:

2.1 Telecomunicaciones. Ley 32/2003. Ley General de Telecomunicaciones Hoy ya la nueva Ley 9/2014 de 9 de mayo.

2.2 Energía y Sector de los Hidrocarburos. Ley 54/1997. Ley del Sector Eléctrico y la Ley 34/1998. Ley del Sector de Hidrocarburos.

2.3 Sector Postal. Ley 43/2010. Ley del Sector Postal Universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

2.4 Sector Audiovisual. Ley 7/2010. Ley General de Comunicación Audiovisual.

2.5 Seguridad Aérea. Ley 21/2003. Ley de Seguridad Aérea.

2.6 Sector Ferroviario. Ley 39/2003. Ley del Sector Ferroviario.

3. Se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y por la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

**-Normas que inciden supletoriamente**

1. Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

3. Ley 47/2003, General Presupuestaria.

4. Demás que resulten de aplicación.

El régimen legal viene a ser complementado por lo dispuesto en la Disposición final novena, que corresponde al Título competencial, donde se viene a precisar cuáles bases constitucionales por las cuales se expide la Ley:

a) El artículo 149. 1.13ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

b) El artículo 149.1.20ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de aeropuertos de interés general.

c) El artículo 149.1.21ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de ferrocarriles que transcurran por el territorio de más de una



Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; correos y telecomunicaciones.

- d) El artículo 149.1.25ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen minero y energético.
- e) El artículo 149.1.27ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar legislación básica del régimen de prensa, radio y televisión.

Del régimen jurídico previsto en la Ley y el Estatuto Orgánico, resulta que efectivamente, la CNMC, es un organismo público, cuyos actos administrativos (sancionadores o reguladores)<sup>1220</sup> en ejercicio de las funciones, son verdaderos actos dictados por parte de una Administración Pública, investida de potestades, sujeta al Derecho Administrativo y a lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>1221</sup>.

#### **5.1.1.3. Objeto de la Comisión**

En cuanto a su objeto el artículo 1.1 de la Ley y el artículo 3 del Estatuto Orgánico, precisan que la CNMC es un organismo encargado de promover, garantizar y preservar el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios, reproduciendo los objetivos previstos en la Ley de Creación de la Comisión.

Si bien éstos son los objetivos previstos por parte de la CNMC, hubiera sido pertinente, como lo manifestó en su momento la Comisión Nacional de Energía<sup>1222</sup>, que se hubieran incluido los objetivos previstos en las Directivas Comunitarias respecto a cada sector regulado, en este caso concreto al sector eléctrico, aspecto que no fue tenido en cuenta.

---

<sup>1220</sup> MONTERO PACUAL JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional...* Op. cit. Pp. 184.

<sup>1221</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. *La Nueva Comisión...* Op. cit. Pp. 16 y 17.

<sup>1222</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013. Disponible en: [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne70\\_13.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne70_13.pdf) [En línea] (Consultado 08/08/2013). Sobre el particular la CNE preciso:

*incentivos adecuados tanto a corto como a largo plazo para aumentar la eficiencia de las prestaciones de la red y fomentar la integración del mercado.*

*h) Contribuir a garantizar un alto nivel de servicio, la protección de los consumidores de energía, especialmente los clientes vulnerables, y la compatibilidad de los procesos de intercambio de datos necesarios para que los clientes cambien de suministrador."*

Artículo 4. Coordinación y cooperación institucional

Como atribución principal, se encuentra la de velar por la competencia en cada uno de los sectores que vigilan y que en el modelo aprobado se ven disminuidas, en el sentido de que contarán con una capacidad de auto-organización mínima<sup>1223</sup>.

Para cumplir con el objeto que le ha sido encomendado, la CNMC, ejercerá sus funciones en todo el territorio español, respecto de todos los mercados y sectores productivos de la economía, los cuales no podrán interferir con ninguna de las actuaciones que realice la Comisión.

Asimismo, la Ley en su art 2.3 precisa que la sede principal de la entidad Madrid, precisando que el Estatuto Orgánico podrá prever la existencia de otras sedes que la Comisión en el Estatuto Orgánico, donde se determina las sedes de la Comisión, tal como se especifico en la Disposición adicional decimoctava de la Ley, donde se estableció que la Dirección de Telecomunicaciones y el Sector Audiovisual, tendrá como sede Barcelona, aprovechando la infraestructura existente<sup>1224</sup>.

#### **5.1.1.4. Independencia Funcional de la CNMC**

Veamos la referencia normativa. El Artículo 3 se rotula “Independencia funcional y relación con las entidades públicas o privadas”. En este artículo se precisa nuevamente la independencia que tiene esta entidad respecto de las demás entidades privadas, señalando que ejercerá sus actividades sin tratar de beneficiar cualquier tipo de interés comercial o privado. Y que si bien puede solicitar el concurso de otras entidades para el desarrollo de sus actividades, ningún tipo

---

<sup>1223</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional...* Op. cit. Pp. 61, quien viene a precisar que si bien la nueva Comisión asume gran parte de las funciones asignadas a los organismos que se fusionan, no desarrolla más aspectos previstos en las Directivas. Sobre el particular indica:

*“Más allá, la CNMC hereda muchas funciones de los organismos reguladores preexistentes, con especial relevancia de las competencias en materia de acceso a las redes de telecomunicaciones, energéticas, postales, ferroviarias y aeroportuarias, y de obligaciones de servicio público, etc. Se crea, no obstante, un esquema incoherente por lo asimétrico. Las competencias no son las mismas en los diferentes sectores, sin que se justifiquen sus diferencias. El caso del régimen de entrada al mercado es el más evidente. Las comunicaciones previas en materia de telecomunicaciones se realizan a Ministerio.*

*Finalmente, la CNMC hereda las potestades de los organismos reguladores: potestad normativa, potestad de resolución de conflictos, potestad de adoptar actos provisionales, potestad de imponer sanciones y multas coercitivas, etc. Insistimos, poco margen existe para ampliar las potestades a disposición de la CNMC. De hecho, resulta de la mayor relevancia subrayar la excepcionalidad de las potestades del regulador, en especial la normativa y la de resolución de conflictos, cuasi-jurisdiccional.*

*La CNMC consolida el modelo vigente, pero no la desarrolla. La ya prolongada práctica reguladora en España permite identificar ciertas limitaciones y problemas que exigen perfeccionamiento del modelo. La LCCNMC, sin embargo, no parece tener vocación de mejora del modelo, en cuanto no recoge modificación relevante del mismo”*

<sup>1224</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115). Disponible en: [http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=3b97986d-a413-406c-bef16bb576089bfa&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=3b97986d-a413-406c-bef16bb576089bfa&groupId=10138) [En línea] (Consultado 30/06/2013).

de autoridad podrá dictar instrucciones u órdenes para ser cumplidas por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia.

Atendiendo a las observaciones realizadas por las distintas Comisiones sobre la naturaleza y características propias de las Autoridades Independientes, el Artículo 2 alude a la garantía de independencia con la que deben contar los Organismos Reguladores, precisando que la nueva Comisión cuenta con total autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado.

Ya hemos indicado que no parece que se haya intensificado precisamente esta independencia.

Reiterativamente, el artículo 2 del Estatuto Orgánico, indica que para el ejercicio de sus funciones y de los objetivos y fines previstos en la Ley, esta Comisión cuenta autonomía orgánica y funcional y actuará con plena independencia del Gobierno, así como de las Administraciones Públicas y de cualquier interés empresarial o comercial. No obstante, el diseño de la política sectorial recaerá en el Gobierno, conforme a lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución Española<sup>1225</sup>, lo cual debería entenderse en los términos que hemos propuesto anteriormente, esto es, las directrices genéricas que en aplicación de las Directivas europeas y legislación interna, pueda emanar el Gobierno, amén naturalmente de su general visión política y estratégica. En los demás aspectos ningún miembro y órgano de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar ni aceptar órdenes o instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

La finalidad de este articulado es que este tipo de autoridades puedan realizar las labores de supervisión y control de manera neutral y eficaz<sup>1226</sup>, adoptando decisiones en pro del mercado y no de los intereses particulares de los agentes prestadores de redes y servicios y del Estado. Todas sus decisiones tendrán en cuenta criterios técnicos y jurídicos, de allí que los miembros designados tengan, supuestamente un conocimiento amplio de este sector, lo cual garantiza no solo su independencia, sino la imparcialidad y transparencia de las medidas adoptadas<sup>1227</sup>. Veremos que ello no es así en todos los casos.

Se debe partir de la premisa que los organismos que se fusionan en esta nueva entidad contaban con autonomía financiera y presupuestaria<sup>1228</sup> y la posibilidad de darse sus propio Estatuto de funcionamiento, Pero aquí, el Estatuto es previo al funcionamiento de la entidad, que por tanto no ha sido realizado por parte de la misma, sino por parte del Gobierno, lo cual constituye una transgresión al principio de autonomía con el que cuenta estos Organismos Regulatorios<sup>1229</sup>

---

<sup>1225</sup> Artículo 97

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

<sup>1226</sup> DIRECTIVA 2009 /140/CE, considerando 16.

<sup>1227</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. Óp. cit. Pp. 67

<sup>1228</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. Regulación...Op. cit. Pp. 338 y ss.

<sup>1229</sup> Artículo 26. Estatuto Orgánico y Reglamento de funcionamiento interno.

ya que es el Estado quien determina su organización sin atender de manera precisa a las necesidades, personal y demás elementos que son indispensables para el cumplimiento de sus funciones. Igual ocurre respecto de los diversos controles respecto a sus decisiones, lo que en particular cuestiona los mandatos dados sobre esta materia por las Directivas Comunitarias, en el sentido de que todas y cada una de sus funciones que se ejercen por los Organismos Reguladores deben ser imparciales, transparentes e independientes, ajenas a valoraciones o juicios establecidos por parte de otra entidad particularmente del Gobierno atendiendo a la prohibición expresa de impartición de órdenes e instrucciones por parte del Gobierno principalmente<sup>1230</sup>.

Se insiste, demasiado por obvio pero desmentido en el articulado, que la entidad no estará sujeta a ningún tipo de instrucciones u órdenes dadas por otra entidad, para el cumplimiento de las tareas encomendadas.

También se indican los criterios para la cesación del cargo de los Consejeros y los supuestos en los cuales el Ejecutivo puede interferir para que las personas designadas en dichas posiciones dejen su cargo, al indicar en el art. 23.1 f) de la citada Ley 3/2003:

*Mediante separación acordada por el Gobierno por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad.*

---

1. El Gobierno aprobará, mediante real decreto, el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

2. El Estatuto Orgánico determinará la distribución de asuntos en el Consejo entre el pleno y las salas y las funciones y la estructura interna de las Direcciones de instrucción y demás áreas de responsabilidad, cualquiera que sea su denominación, al frente de las cuales se designará al personal directivo.

3. Corresponde al personal directivo la dirección, la organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones emanadas del Consejo y del Presidente de la Comisión, sin perjuicio de la debida separación entre las funciones de instrucción y resolución en procedimientos sancionadores.

El personal directivo de otras áreas de responsabilidad diferentes a las Direcciones de instrucción, será nombrado y cesado por el pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a propuesta de su Presidente. La selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley.

4. El pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobará el Reglamento de funcionamiento interno del organismo, en el que se regulará, respetando lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo el régimen de convocatorias y sesiones del pleno y de las salas y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción. La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos, seis de los miembros del Consejo.

<sup>1230</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. Regulación: Mito y Derecho... Op, cit. Pp. 330.

De nuevo, aquí, es evidente que se exige una fuerte y clara motivación, con elementos concretos que no puedan derivar en simples posiciones contrarias ideológicamente o por constituirse en un obstáculo a los planes del Gobierno. Por supuesto, cabe acudir a los Tribunales, y la idea de separarlo del régimen sancionador, realmente está mal expresada ya que la separación constituye una de las más graves sanciones. Difícilmente cabe admitir la vuelta a las “sanciones de plano” incompatible con un normalizado Estado de Derecho. Otra cosa será que el expediente, si el asunto es realmente grave o gravísimo incluso, pueda tramitarse con la inexcusable y debida celeridad, lejana desde luego a una actuación despachosa, morosa, llena de obstáculos. La eficacia es compatible con la legalidad y exactamente así es como debe procederse si se quiere preservar la autonomía y el prestigio de la Comisión.

Cabe destacar que los períodos en los que desempeñaran las funciones son superiores o no coincidentes con los períodos del Parlamento y del Ejecutivo<sup>1231 1232 1233</sup>.

Las anteriores consideraciones, indican que este tipo de entidades están sujetos exclusivamente a los controles constitucionales (Controles del Parlamento y Controles Judiciales) atendiendo a la independencia que les ha sido otorgada en las Directivas Comunitarias y en las respectivas Leyes de creación y las modificaciones posteriores a estas; la existencia de otro tipo de control significa un menoscabo a la labor encomendada.

Otro aspecto es que la Ley restringe la posibilidad de que la Nueva Comisión dicte disposiciones de desarrollo y ejecución de leyes, reales decretos y órdenes ministeriales al supuesto en que tales disposiciones le habiliten expresamente para ello. Lo que implica que sus actuaciones y pronunciamientos deben estar amparados por normas preexistentes y que la posibilidad de dictar disposiciones orientativas para los agentes de cada sector tendrá que tener amparo bien en tales normas previas o en Directivas Comunitarias<sup>12341235</sup>.

---

<sup>1231</sup> GRETEL 2004. *El Nuevo marco Europeo de las Comunicaciones Electrónicas y su implantación en España. Cuaderno 1: Análisis de la nueva Regulación Europea de las Comunicaciones Electrónicas*. Madrid. 2004.

<sup>1232</sup> MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. INFORME SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL...Óp. cit. Pp. 9. “Algunos países han iniciado una reforma en profundidad de los organismos reguladores, coherente con el principio de eficiencia en la actuación de las Administraciones públicas y con la independencia e imparcialidad que debe caracterizar a estos organismos”.

<sup>1233</sup> *Ibíd.* Pp. 332 y ss.

<sup>1234</sup> *Ibíd.* Pp. 318 y ss. Quien señala que a través de los instrumentos provenientes del Derecho Comunitario, la imperiosa necesidad de contar con entidades reguladoras independientes. Tal como lo habíamos mencionado en un primer momento se indicó que era necesario la separación funcional de las labores de regulación y gestión de los servicios, para posteriormente reconocer su independencia respecto de los operadores y por último la independencia respecto del Gobierno. Estos supuestos han sido reconocidos en todas las Directivas Comunitarias donde se indica que la función de regular deberá estar a cargo de organismo totalmente independientes de los intereses de los sectores regulados, lo cual permite contar con una regulación eficaz.

<sup>1235</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2012/398). Disponible en: [http://www.cmt.es/cmt\\_ptl\\_ext/SelectOption.do?nav=resoluciones\\_informes](http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=resoluciones_informes) [En línea] (Consultada 22/03/2012). Pp. 27.

En conclusión y atendiendo a las observaciones que al respecto realiza DE LA QUADRA-SALCEDO<sup>1236</sup>, la creación de esta nueva Comisión, donde se fusionan diferentes competencias atribuidas a organismos tan dispares, puede derivar en inconvenientes para el mercado, ausencia de regulación y unos efectos adversos para la economía, atendiendo a la naturaleza de las diversas problemáticas que cada sector. De ahí que la independencia pueda verse menguada ya que es más factible en esta Comisión atender a órdenes, encubiertas quizás bajo la idea de que forman parte de la política general del Gobierno, para resolver los asuntos. Sumado, como lo precisa este autor, a la imposibilidad de que los nueve consejeros que correspondía al modelo inicial de integrantes del Consejo, designados para el ejercicio de las funciones asignadas a la Comisión puedan conocer a profundidad de los sectores a regular, lo que conduciría a una regulación general, incompleta y en el peor de los casos no contar con ningún tipo de regulación.

A pesar de los intentos del Gobierno en afirmar que con la nueva Comisión se evite la captura del regulador, bajo la configuración que se da de esta entidad en la Ley, este fenómeno puede consolidarse aún más, sin olvidar que el modelo propuesto desconoce los mandatos dados en el seno de la Unión Europea, donde se ha insistido a través de los diferentes documentos e instrumentos comunitarios sobre la imperiosa necesidad de contar con distintos reguladores para cada sector atendiendo a las diferencias existentes en cada uno de ellos y en el ámbito atribuciones dadas a las Autoridades Nacionales de Competencia<sup>1237</sup>.

Hubiera sido mucho más acorde con la finalidad institucional predicada teóricamente en su Exposición de Motivos, que el Gobierno hubiera apelado a los modelos u opciones de diseño para este tipo de instituciones que se refieren en el “Regulatory Institutions In Liberalised Electricity Markets”<sup>1238</sup> En el año 2001 elaboró un modelo de para las ARI (Autoridades Regulatorias Independientes) o Key Design Options for Regulatory Agencies, atendiendo a su

<sup>1236</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMAS. “A la Confusión por la fusión. La pérdida de independencia de los organismos regulatorios no asegura nada bueno”. El País. Disponible en [http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051\\_273410.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html) [En línea]. (consultado el 10/05/2012)

<sup>1237</sup> LLORANTE, CARMEN. “Los organismos reguladores perderán independencia y eficacia con la fusión”. El Mundo. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/01/economia/1338551793.html> [En línea]. (Consultado 01/06/2012). Artículo periodístico donde se presentan las principales conclusiones del Informe titulado “Regular en tiempo de Crisis” realizado por el Circulo Cívico de Opinión, donde se precisa que la reforma propuesta por el Ejecutivo no es conveniente y que si está llegase adoptarse en su totalidad sería conveniente que se revisaran la integridad del texto propuesto con el fin de evitar futuros incumplimientos del Derecho Comunitario y la adopción de un modelo experimental cuyos resultados aún no se conocen, tal como afirmo el Presidente del Circulo Cívico de Opinión José Luis García Delgado señalando: “Si el derecho comunitario obliga a mantener organismos reguladores separados del Gobierno, no deberían integrarse”, esgrime José Luis García Delgado, catedrático de Economía Aplicada y presidente de Circulo Cívico de Opinión, quien cree que el Gobierno tiene que analizar con tranquilidad los efectos de la integración planeada. “No podemos estar variando normas en cada legislatura”», precisa.

<sup>1238</sup> OECDY/IEA. REGULATORY INSTITUTIONS IN LIBERALISED ELECTRICITY MARKETS. Energy Market Reformat. International Energy Agency. 2001. Disponible en: [http://rcewm.moe.org.ir/\\_rcewm/Documents/regulatory%20institution.pdf](http://rcewm.moe.org.ir/_rcewm/Documents/regulatory%20institution.pdf) [en línea]. (Consultado 18/08/2012)

ámbito de acción, su diseño y principios básicos, precisando en dicho modelo que el éxito de este tipo de entidades debe contar a) autonomía financiera y en la toma de decisiones, b) autonomía política y de las firmas reguladas, c) capacidad y voluntad de rendir cuentas a la opinión pública, d) check and balances (“pesos y contrapesos”) y e) incentivos<sup>1239</sup> orientados fundamentalmente a garantizar la independencia de este tipo de entidades.

Veamos el cuadro sinóptico resultante del indicado Informe.

Key Design Options for Regulatory Agencies u Opciones de Diseño para las Agencias  
Regulatorias<sup>1240</sup>

AMBITO	DISEÑO	PRINCIPIOS BÁSICOS
MISION	OBJETIVOS	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protección del Consumidor</li> <li>• Protección del Inversor</li> <li>• Búsqueda de la Eficiencia Económica</li> <li>• Competencia en el Sector</li> </ul>
	ALCANCE DE LA INDUSTRIA	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Una Industria o Multi-industria</li> </ul>
GOBERNANZA	ESTRUCTURA DE LA TOMA DE DECISIONES	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Regulador Simple o Multisectorial</li> </ul>
	NOCIONES DE LOS REGULADORES	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hecho por el Parlamento o por el Gobierno Central</li> <li>• Basados en Criterios de Experiencia Profesional o no</li> </ul>
	NOCIONES QUE GARANTIZAN INDEPENDENCIA	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mandatos Irrevocables</li> <li>• Prohibición de Conflictos de Intereses entre un mandato y otro</li> <li>• Presupuestos estables</li> <li>• Aislamientos de Presiones Políticas</li> </ul>
ACTIVIDADES REGULATORIAS	FUNCIONES	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Regulación de Monopolios</li> <li>• Establecimientos de tarifas</li> <li>• Resolución de disputas</li> <li>• Garantizar calidad en el servicio</li> </ul>

<sup>1239</sup> SIFONTES, DOMINGO. “Regulación Económica y Agencias... Op. cit. Pp. 19-20.

<sup>1240</sup> OECDY/IEA. *REGULATORY INSTITUTIONS IN...* Op. cit. Pp. 20.

	PROCESOS Y APELACIONES	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Supervisión y acción mediadora de conflictos</li> <li>• Cumplimiento de la Ley</li> <li>• Promoción de transparencia a través de la publicación de las decisiones tomadas.</li> </ul>
--	------------------------	--

**Cuadro 35 - Fuente OECDY/IEA: Key Design Options for Regulatory Agencies u Opciones de Diseño para las Agencias Regulatorias.**

#### **5.1.1.5. Régimen Económico y Financiero**

Uno de los aspectos más característicos de las Administraciones Independientes, es que se han caracterizado por contar un sistema de financiación generado por las diferentes formas de ingresos vinculados a su funcionamiento. Esto es que no requieran en un principio de asignaciones presupuestarias por parte del Parlamento<sup>1241</sup>, aspecto al que hicimos referencia en el Capítulo II de esta tesis, como una forma de garantizar su independencia.

Ahora bien el sistema que describiremos a continuación se caracteriza por desconocer este sistema de financiación, en el sentido de llegar afirmarse que la necesidad de la fusión de los Organismos Reguladores y la CNC respondía al excesivo coste para el Estado, desconociendo la regla general de que este tipo de organismos cuentan con la capacidad de generar sus propios ingresos, provenientes en su mayoría de las tasas percibidas por parte de los Organismos Reguladores, principalmente las percibidas por la CMT y CNE.

La fórmula elegida por parte del Gobierno corresponde al sistema de financiación con el que contaba la Comisión Nacional de Competencia, cuyo presupuesto se regía por lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria Por consiguiente que los recursos los que contará la Comisión estarán integrados, por las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los presupuestos generales del Estado y por parte de los bienes y derechos que constituyan el patrimonio de dicha entidad.

La problemática viene dada por el traspaso de las tasas anteriormente referenciadas a la Administración del Estado, lo que mengua considerablemente la independencia de la CNMC. El ejemplo más sobresaliente de este sistema de transferencia de tasas, lo encontramos en el caso de la tasa que anualmente sufragaban los operadores de telecomunicaciones. El sistema aprobado, deriva en que dicha tasa deberá abonarse ante el Ministerio de Industria y éste a su vez trasladará los recursos correspondientes a la CNMC, que corresponden al porcentaje de los gastos en los que haya incurrido en el año anterior, los cuales deberían haber sido incluidos en el Presupuesto General del Estado.

<sup>1241</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Nueva Comisión...* Op. cit. Pp. 107 y 108.



En cuanto al “Régimen económico-financiero y patrimonial”, la nueva entidad tendrá un patrimonio independiente del patrimonio de la Administración General del Estado. Asimismo, se especifica el conjunto de bienes y medidos económicos con los que contará la Comisión para cumplir con los fines que le han sido asignados, como son las asignaciones que establezca anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, los bienes y derechos que forman de su patrimonio, así como los productos y rentas que estos produzcan y cualesquiera otros que legalmente puedan serle atribuidos.

Se establecen los mecanismos de control, tanto económico y financiero, el cual se efectuará con arreglo a lo dispuesto en la Ley 47/2003, General presupuestaria, y en la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas.

Es el Estatuto Orgánico en su Capítulo IV, titulado “Contratación, patrimonio, presupuesto y control,” (artículos 41 a 45) donde se establece el Régimen económico- financiero y patrimonial de la Comisión. En tal sentido es el artículo 42 “Patrimonio”, compuesto por cuatro apartados especifica qué se entiende como patrimonio de la Comisión y su régimen de gestión (apartados 1 y 2), las formas de adquirir bienes para ingresar al patrimonio de la entidad y la respectiva forma de inventariarlos.

Tal como se consagra en la Ley, la CNMC contará con un patrimonio independiente de la Administración General del Estado, para el cumplimiento de los fines que le han sido asignados por la Ley de creación y el mismo Estatuto y dicho patrimonio será integrado por los bienes y derechos de los que sea titular. En cuanto a su gestión y respectiva administración tanto de los bienes y derechos propios, así los bienes pertenecientes al Patrimonio del Estado que se adscriban para el cumplimiento de sus fines, deberá ser ejercida en primer lugar por lo previsto en el propio Estatuto y lo previsto en esta materia en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, sobre Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>1242</sup>.

El apartado 3 de este artículo asigna la tarea al Presidente de la Comisión acordar la adquisición por cualquier título tanto de bienes inmuebles como de los derechos que resulten necesarios para el desarrollo de los fines de la Comisión, así como el uso y arrendamiento que se haga de este tipo de bienes conforme al procedimiento previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, sobre Patrimonio de las Administraciones Públicas. Es pues la típica gestión presidencialista a la que tienden numerosas normas sobre gestión de este tipo de organismos.

Asimismo se le asigna la obligación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de realizar y mantener actualizado el inventario de los bienes y derechos, tanto los que son propios de la Comisión, como los bienes pertenecientes al Patrimonio del Estado pero que se encuentran adscritos a la entidad. Dicho inventario deberá ser aprobado por parte del Presidente de la Comisión y deberá ser remitido al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, especificándose tanto el inventario como las modificaciones que este ha sufrido, dentro del primer mes de cada año natural.

---

<sup>1242</sup> Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. (BOE Núm. 264 de 04/11/2003).

Es necesario de tener en cuenta cuáles son los mecanismos de financiación de las Comisiones que se fusionan, antes de realizar un análisis detallado sobre este aspecto:

<b>MECANISMOS DE FINANCIACION DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y DE LA COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA</b>		
<b>COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA</b>	<b>COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES</b>	<b>COMISION NACIONAL DE LA ENERGIA</b>
<p>Los recursos de la Comisión Nacional de la Competencia estarán integrados por:</p> <p>a) Las asignaciones que se establezcan anualmente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.</p> <p>b) Los bienes y derechos que constituyan su patrimonio, así como los productos y rentas del mismo.</p> <p>c) Los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas devengadas por la prestación de servicios derivados del ejercicio de las competencias y funciones atribuidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio. En particular, constituirán ingresos de la Comisión las tasas que se regulan en el artículo 23 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.</p> <p>d) Cualesquiera otros que legalmente puedan serle</p>	<p>Financiación</p> <p>Los recursos de la Comisión provienen, en su práctica totalidad, de los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas en materia de telecomunicaciones devengadas por la realización de actividades de prestación de servicios, así como por el rendimiento de sus recursos propios (artículo 48.14 de la Ley 32/2003).</p> <p>Estos servicios se refieren fundamentalmente a los siguientes conceptos:</p> <p>Tasa general de operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas.</p> <p>Tasas de telecomunicaciones, por la emisión de certificaciones registrales, dictámenes técnicos y realización de actividades inspectoras o comprobaciones técnicas.<sup>1243</sup></p>	<p>La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (B.O.E 31/12/01) en su artículo 19<sup>1244</sup>, Uno, modifica la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.</p> <p>En la nueva redacción dada a la referida Disposición Adicional se establece que la financiación de la Comisión Nacional de Energía se integrará a partir del 1 de enero del 2002, entre otros conceptos, por las siguientes tres tasas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· Tasa aplicable a la prestación de servicios y realización de actividades por la CNE en relación con el sector de hidrocarburos líquidos.</li> <li>· Tasa aplicable a la prestación de servicios y realización de actividades por la CNE en relación con el sector eléctrico</li> <li>· Tasa aplicable a la prestación de servicios y realización de actividades por la CNE en relación con el sector de hidrocarburos gaseosos.</li> </ul> <p>Estas tasas vienen a sustituir los ingresos que anteriormente percibía la Comisión Nacional de Energía de los sectores eléctricos y de hidrocarburos, gaseosos y líquidos, constituyendo un cambio sustancial en el sistema de financiación de este Organismo.<sup>1245</sup></p>

**Cuadro 36 - Fuente Ley de Creación de Cada una de las Comisiones – Creación Propia: Mecanismos de Financiación de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de Competencia.**

<sup>1243</sup> Incluyamos las tasas que se contemplan en la Ley General de Telecomunicaciones, LEY 9/2014, como se precisa en el Título VII denominado Tasas en Materia de Telecomunicaciones, donde se precisa la finalidad de las mismas y es el Anexo I donde se efectúa una relación de las tasas en materia de telecomunicaciones precisando que son tasas:

1. Tasa general de operadores
2. Tasas por numeración, direccionamiento y denominación
3. Tasa por reservar del dominio público radioeléctrico
4. Tasas de telecomunicaciones

<sup>1244</sup> Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE B°. 313 de 31/12/2001), que modificó el sistema de las cuotas de las tarifas de electricidad y gas y de cuotas que pagaban los operadores al por mayor de productos petrolíferos.

<sup>1245</sup> SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. “La Comisión Nacional de la Energía...Op. cit. Pp. 87 y ss. Quien efectúa una relación de los mecanismos de financiación de la CNE provenientes de las diferentes tasas:

1. Tasa aplicables a la prestación de servicios y realización de actividades por la CNE en relación con sectores de hidrocarburos líquidos.
2. Tasa aplicable a la prestación de servicios y realización de actividades por la CNE en relación con el sector eléctrico, y
3. Tasa aplicable a la prestación de servicios y realización de actividades por la CNE en relación con el sector de hidrocarburos.

La particularidad de los Organismos Reguladores, es que para garantizar su independencia, deben contar con un patrimonio y un conjunto de ingresos propios<sup>1246</sup>, independientes del de la Administración General del Estado, como se encuentra previsto en la diversas Directivas Comunitarias, donde se exige que las tasas o contraprestaciones prestadas forman parte del patrimonio de este tipo de entidades.

Bajo el nuevo esquema que se incorpora, la financiación de la supervisión (atendiendo a las críticas a que la nueva Comisión no debe tener como función exclusiva la de supervisar los mercados), la Ley se propone incluir una nueva disposición que establezca de forma detallada que habrá transparencia en costes y un ajuste automático de las tasas de los operadores a los costes de las autoridades nacionales de supervisión.

Con este cambio, se pretende garantizar que las tasas de telecomunicaciones y energía son suficientes para el correcto funcionamiento de la actividad de la institución y proporcionales al no superar los costes estrictos de la supervisión regulatoria<sup>1247</sup>.

Se debe tener presente que el Patrimonio de las anteriores Comisiones pasa a integrar el Patrimonio de la Nueva Comisión, tal como prevé la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, “*Extinción de organismos*” que en sus apartados 4 a 6, viene a señalar cómo será la integración al patrimonio de la CNMC los bienes inmuebles y derechos que eran titularidad de los organismos que se fusionan.

Sobre el particular el apartado 4, alude a que sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 de la citada disposición adicional, la nueva Comisión asumirá todos los medios materiales, en especial los sistemas y aplicaciones informáticas que poseían las antiguas comisiones y que son indispensables para el ejercicio de sus funciones, señalando que los demás medios serán transferidos a los Ministerios atendiendo a la distribución competencial prevista en las disposiciones adicionales séptima, octava, novena, décima, undécima y duodécima.

Asimismo, corresponderá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y de Economía y Competitividad, establecer cuáles son los saldos de tesorería y los activos financieros a favor o en contra de los organismos que se extinguen y cuáles de ellos pasara a ser parte del patrimonio de la CNMC.

Una vez efectuada la relación de los bienes inmuebles y derechos reales cuya titularidad recaiga en las Comisiones que se fusionan y si alguno de ellos no son indispensables para el ejercicio de las funciones encomendadas a la CNMC pasaran a ser parte del patrimonio de la Administración General del Estado.

---

<sup>1246</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. Regulación... Op.cit. Pp. 367.

<sup>1247</sup> EUROPA PRESS. “*El Congreso podrá vetar a los consejeros del nuevo organismo regulador que proponga el Gobierno*”. Disponible en: <http://www.labolsa.com/noticias/20130226133746001/el-congreso-podra-vetar-a-los-consejeros-del-nuevo-organismo-regulador-que-proponga-el-gobierno/> [en línea] (Consultado el 03/03/2013)

Este artículo viene a ser complementado por la Disposición adicional decimocuarta, que corresponde a las Tasas, prestaciones patrimoniales o ingresos derivados del ejercicio de las funciones previstas en esta Ley.

Se indicó que, como producto de las funciones encomendadas tanto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como por los Ministerios, atendiendo a la distribución de competencias realizada, ambos llevaran su gestión y recaudación durante el período voluntario. En cuanto a las tasas estas corresponden a:

1. Tasas a favor o bien del Ministerio o bien de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
  - a) Tasas por prestación de los servicios y realización de actividades en relación con el sector postal (Anexo apartado I.1)
  - b) Tasas por prestación de servicios y realización de actividades en relación con el sector de las Telecomunicaciones (Anexo apartado I.3)<sup>1248</sup>
  - c) Tasas previstas para el ejercicio de las funciones del sector energético (Anexo apartado I.4)
  - d) Tasas por la gestión administrativa del juego (Anexo apartado I.5)
2. Prestaciones Patrimoniales (Anexo apartado II.1), que corresponde a las aportaciones que realizan los operadores de telecomunicaciones y por los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual televisiva, de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, reguladas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, que corresponde a la Ley de financiación de la Corporación Radio y Televisión Española<sup>1249</sup>

Se le asigna la gestión y recaudación a la Comisión de las tasas prevista en el apartado I.2 y de la prestación patrimonial prevista en el II.2 del Anexo de la Ley.

I.2 Tasas por prestación de servicios y realización de actividades en relación con las operaciones de concentración

II.2 Contribución postal regulada en el artículo 31 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre<sup>1250</sup>.

En cuanto a la recaudación tanto de las tasas como de las prestaciones patrimoniales, como de los derechos tanto de la CNMC, como de los organismos que se extinguen, deberán ser ingresados en el Tesoro Público, salvo las excepciones en materia del Sistema de Financiación de la Corporación de Radio Televisión Española y al Fondo de financiación del servicio postal universal, que se registrarán por las disposiciones relacionadas con esta materia.

---

<sup>1248</sup> Ley General de Telecomunicaciones, Título VII Tasas en materia de Comunicaciones descritas en el artículo 71 Anexo I., destacándose la Tasa general de operadores

<sup>1249</sup> Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española. (BOE Núm. 210 de 31/08/2009).

<sup>1250</sup> Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal. (BOE Núm. 318 de 31/12/2010). Artículo 31 Contribución postal

La recaudación en período ejecutivo de los recursos de naturaleza pública a que se refieren los apartados anteriores se efectuará conforme a lo previsto en el Reglamento General de Recaudación correspondiente al Real Decreto 939/2005.

Los recursos, a que se refieren los apartados de esta disposición adicional se regirán, en lo que no se oponga a esta Ley, por la normativa vigente a la entrada en vigor de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Debe leerse de manera conjunta esta Disposición adicional con los criterios previstos en la Disposición transitoria novena, dedicado a Gestión y liquidación de las tasas previstas en el Anexo. En su apartado primero dedicado a la gestión y liquidación de las tasas previstas con relación a la prestación de servicios y realización de actividades en relación con el sector postal, particularmente en lo que tiene que ver con los literales A) sobre las Tasas por inscripción en el Registro General de empresas prestadoras de servicios postales y B) sobre las Tasa por la expedición de certificaciones registrales. A tal efecto estas tasas hasta que no se expida una nueva regulación, continuarán rigiéndose por la Orden FOM/3447/2010, mediante la cual se aprobaron los modelos de pago de las tasas establecidas y reguladas en la Ley 23/2007, por la cual se crea la Comisión Nacional del Sector Postal.

El segundo apartado está dedicado a las tasas previstas en el apartado I.4 del Anexo de la Ley que corresponde a las Tasas previstas para el ejercicio de las funciones del sector energético, donde se prevé que hasta que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo no disponga de los Medios necesarios para ejercer las funciones de manera efectiva, la Ley se ajustara y atenderá a lo dispuesto en la Disposición adicional duodécima de la Ley 34/1998.

De acuerdo con la redacción planteada en el artículo, así como en la Disposición Adicional Decimocuarta y Disposición transitoria novena, no se contemplan todas y cada una de la tasas que son recaudadas por cada una de las entidades que se integran, sino que será el Anexo de la Ley donde se precisa cuáles son. Esta técnica es inevitable ya que cada entidad fusionada tenía su propio cuerpo normativo por lo que cada una de estas entidades cuentan con un régimen económico y financiero diferente ( de ahí que hubiera sido conveniente haber efectuado una revisión de las diferentes formas de financiación de cada una de estas entidades para lograr una redacción uniforme y coherente) El resultado se asemeja más bien a una reproducción del modelo proveniente de la Comisión Nacional de la Competencia que en la actualidad no cuenta con un patrimonio propio e independiente del de la Administración General del Estado, y su presupuesto es de carácter limitado a semejanza de los presupuestos que manejan los organismos autónomos, lo cual constituye un retroceso respecto al sistema característico de los Organismos Reguladores, los cuales siempre han gozado de autonomía en cuanto a sus formas de financiación, lo que no corresponde a los objetivos previstos en la Exposición de Motivos, donde se indica que una de la nueva entidad gozará de total autonomía. Ciertamente el interés general exige que los tributos sean generales, pero sin olvidar que las tasas por prestación de servicios constituyen una fórmula ordinaria de financiación. Cuestión distinta sería que la financiación se fundara en las sanciones impuestas por infracciones cometidas, ya que los incentivos provocarían sin duda que el objetivo fuera la recaudación por sí misma.

Respecto a los bienes y medios económicos que poseían la CNE y CMT previstos en las leyes de su creación, donde se indica que la financiación de estas entidades se hará de forma excepcional respecto de las asignaciones presupuestales y en su financiación proviene de la recaudación de tasas. De ahí que sea indispensable clarificar qué tipo de tasas o cuáles de ellas será recaudadas por parte de la Comisión.<sup>1251</sup> Ahora bien, transitoriamente pueden existir problemas de ajuste presupuestario, dado que existen funciones que no han sido asumidas todavía por la CNMC y otras que por el contrario permanecen en manos de los distintos Departamentos Ministeriales. Así ocurre, por ejemplo, en el Informe de la CNE<sup>1252</sup>, donde se afirma:

*En cuanto a la subrogación en los derechos derivados de las tasas cuya recaudación correspondiera a la CNE por el Ministerio de adscripción, según prevé la Disposición Adicional Segunda 4, párrafo segundo, del Anteproyecto debe señalarse la imposibilidad jurídica de llevar a cabo la misma por dos razones:*

*a) La singularidad del hecho imponible de las tres tasas antes indicadas. Se trata de tasas que gravan el conjunto prestación de servicios y realización de actividades por la CNE en los distintos sectores energéticos. Nos hallamos en presencia de unos hechos imponibles de carácter genérico que impide su partición o desglose.*

*Lo anterior implicaría un nuevo diseño del sistema de tasas, sobre la base de hechos imponibles que se correspondan con la prestación de servicios concretos e individualizados.*

*c) Resulta necesario partir de un presupuesto incuestionable de carácter jurídico-material que dimana del principio de equivalencia entre el coste del servicio y recaudación por su prestación. El principio de equivalencia de la tasa que necesariamente debe tender exclusivamente a cubrir el*

---

<sup>1251</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación. Óp. cit. 16. El mandato contenido en la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), que en su artículo 12 señala que las tasas administrativas irán destinadas a cubrir “*en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión*”.

En relación con la citada cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, al que la Directiva de Autorización vino a sustituir, ha señalado que las tasas impuestas a los operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas al amparo de esa norma sólo pueden destinarse para sufragar los gastos que originen las actividades de expedición, gestión, control y ejecución del régimen de autorización general previsto en la regulación. Este concepto debe entenderse en sentido amplio, al menos para incluir los denominados “gastos administrativos generales” (Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2006, asuntos C-392/04 y C-22/04; “I-21 Germany” y “Arcor”, párrafo 32). Esta línea jurisprudencial ha tenido su continuidad en las sucesivas modificaciones del marco comunitario, que han vinculado dichas tasas a la financiación exclusiva de la actividad regulatoria de la ANR. Ha sido voluntad del legislador que la CMT, desde su creación, tenga patrimonio independiente vinculado al cumplimiento de la función de dicho organismo.

<sup>1252</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados. Óp. cit. 29.

*coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible. (Artículo 7 de la Ley 8/1989, de 13 de abril). Este principio quebraría en el presente caso.*

#### **5.1.1.6. Régimen de Contratación y Presupuesto**

En la Ley 3/2013, los Artículos 32º y 34º denominados Régimen de Contratación y Presupuesto, régimen de contabilidad y control económico y financiero son los que determinan tales potestades.

##### **a. Régimen de Contratación**

El artículo 32 de la Ley sucintamente indica cómo será el Régimen de contratación. Indica que los contratos que celebre esta Comisión deberán ajustarse a la legislación vigente en materia de contratación del sector público. La contratación será realizada por parte del Presidente que rige como órgano de contratación como se especifica en el Estatuto Orgánico en el artículo dedicado a la funciones del Presidente de la Comisión<sup>1253</sup>.

Es el artículo 41, titulado Contratación, donde se indica cual es la legislación aplicable a la actividad contractual que realice la Comisión. Naturalmente estará sujeta a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto 3/2011, de 14 de Noviembre) y la normativa de desarrollo de esta Ley. Asimismo, se reitera que el órgano de contratación estará a cargo del Presidente la Comisión, el cual será asistido por una Mesa de Contratación, que será el órgano competente como lo prevé el artículo 320 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para la valoración de las ofertas<sup>1254</sup>.

---

<sup>1253</sup> REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013). Sección 3.ª. De la Presidencia y Vicepresidencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Artículo 15. El Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

h) Ser órgano de contratación del organismo, aprobar los gastos y ordenar los pagos y movimientos de fondos correspondientes, y efectuar la rendición de cuentas del organismo de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

<sup>1254</sup> REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (BOE Núm. 276 de 16/11/2011).

#### **CAPÍTULO II**

##### **Órganos de asistencia**

##### **Artículo 320. Mesas de contratación.**

1. Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 177.1, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una Mesa de contratación, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación.

2. La Mesa estará constituida por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario.

El Estatuto Orgánico en su Disposición transitoria quinta, dedicada al Régimen de contratación, indica que todos los expedientes de contratación iniciados antes de la constitución de la CNMC, continuarán siendo tramitados por los órganos de contratación existentes hasta la efectiva puesta en funcionamiento de la Comisión, teniendo plena validez y eficacia de los actos que se hayan realizado hasta el momento.

Sobre este aspecto la CNE en su informe<sup>1255</sup>, precisa que existen una serie de contradicciones en esta Disposición Adicional, en el sentido de que los expedientes de contratación iniciados antes de la constitución de la Mesa de Contratación de la CNMC seguirán siendo tramitados por los órganos de contratación existentes antes de la puesta en marcha de la nueva entidad. Hubiera sido más coherente que la Disposición Transitoria Tercera, donde se establece la continuación de funciones por los organismos que se extinguen, hubiera hecho mención a las mesas de contratación, las cuales dejarán de ejercer su función una vez la Comisión entre en funcionamiento y esa función empiece a ser ejercida por el nuevo órgano de contratación, que es el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

#### **b. Régimen Presupuestario**

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, aprobará con carácter anual del anteproyecto de Presupuesto, del cual dispondrá de la estructura que señale el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través del Ministerio de Economía y Competitividad. Este último lo eleva al Gobierno quien procede a su remisión a las Cortes Generales, integrándose en los Presupuestos Generales del Estado. Se especifica que será el Estatuto Orgánico de la Comisión donde se establecerán el régimen de variaciones y de vinculación de los créditos de dicho Presupuesto.

Por lo tanto, existen dos momentos en materia presupuestaria, el primero que consiste en la elaboración del anteproyecto por parte de la CNMC, como un mecanismo previsto atendiendo a su naturaleza e independencia funcional<sup>1256</sup>, el cual será aprobado por parte del Consejo; y el segundo momento, la ejecución de éste por parte de la CNMC en el que se incluyen el sistema de variaciones respecto al mismo.

---

3. Los miembros de la Mesa serán nombrados por el órgano de contratación.

El Secretario deberá ser designado entre funcionarios o, en su defecto, otro tipo de personal dependiente del órgano de contratación, y entre los vocales deberán figurar necesariamente un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario.

<sup>1255</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013...Op. cit. Pp. 26 y 27.

<sup>1256</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. "La Comisión del...Op. cit. 829.



El primer criterio a determinar, es saber si existe un control por parte del Gobierno y si éste puede modificar o no el anteproyecto de presupuesto de esta entidad. En función a la fórmula genérica que incorpora la Ley, se puede considerar que el Gobierno tiene facultad de modificar algunos aspectos del anteproyecto, según lo considere conveniente, ya que la regla prevista en la Ley de Creación de la CNM, no limita la labor del Gobierno en cuanto a la modificación del anteproyecto. La Ley recoge la fórmula incorporada en su momento tanto en la Ley de Creación de la CMT y de la CNE. La fase de remisión del anteproyecto al Ministerio de Hacienda y su remisión posterior, indica que es factible que se realice una revisión de dicho anteproyecto atendiendo a la facultad constitucional que tiene el Gobierno de Dirigir la Administración y de elaborar los Presupuestos Generales del Estado<sup>1257</sup>.

Lo más conveniente sería que la CNMC tuviera la posibilidad de presentar directamente su anteproyecto presupuesto al Gobierno y este se encargaría solamente de integrarlo al Presupuesto ante las Cortes, como forma de garantizar su independencia. Sería pues el Parlamento el que determinaría si éste debe ser aprobado, previa comparecencia del Presidente de la Comisión, quien expondría las razones de porqué fueron incluidas dichas partidas, justificándolas con el plan de actuación de la Comisión y los resultados obtenidos en los Informes Anuales, donde no sólo se presentan los principales actividades y resultados obtenidos por la entidad, sino que se añade una evaluación efectiva de sus funciones. Posiblemente sería el modelo más óptimo tal como sucede con el Banco de España<sup>1258</sup>.

Lo que denota esta duplicidad de fórmulas en cuanto a la presentación de los anteproyectos y la facultad del Gobierno de modificarlo, es que se hace necesario la creación de reglas uniformes en cuanto a las AAI, particularmente en los órganos públicos independientes tal como indica el Informe CORA<sup>1259</sup>, sobre este tipo de Órganos. De la lectura que se realiza de las propuestas lo que se busca es establecer no tanto una regla uniforme respecto de los criterios de elaboración sino de los poderes o atribuciones del Gobierno para su modificación.

Respecto a los gastos y las órdenes de pagos, serán autorizados por el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, salvo los casos reservados a la competencia del Gobierno. Asimismo, se prevé que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia formulará y rendirá sus cuentas, de acuerdo a los criterios previstos en la Ley 47/2003<sup>1260</sup> y las normas recogidas en el Plan General de Contabilidad Pública y sus normas de desarrollo. La Comisión contará con un sistema de contabilidad analítica que le proporcionara la información correspondiente a los costes sobre su actividad, de forma que sea suficiente para una correcta y eficiente adopción de decisiones.

---

<sup>1257</sup> MAGIDE HERRERO, MARIANO. *Límites Constitucionales...* Op. cit. Pp. 114.

<sup>1258</sup> *Ibíd.* Pp. 113.

<sup>1259</sup> Reforma de las Administraciones Públicas. Cora...Op. cit. Pp. 229.

<sup>1260</sup> LEY 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. (BOE Núm. 284 de 27/11/2003).

El control económico y financiero se efectuara por la Intervención General de la Administración del Estado<sup>1261</sup>, sin perjuicio de las funciones que corresponda al Tribunal de Cuentas.

En lo que corresponde al control financiero, éste será de carácter permanente y será realizado por la Intervención Delegada en la Comisión Nacional bajo la Dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado.

La redacción de la Ley señala que será en el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia<sup>1262</sup> donde se determinarán las líneas generales del Presupuesto, el cual será de carácter restrictivo atendiendo a su sistema de financiación y las asignaciones presupuestarias; lo cual no sucedía con los Organismos Reguladores que se fusionan.

En materia presupuestaria el artículo 43 del Estatuto Orgánico, “Presupuesto”, desarrolla cómo serán los criterios para su aprobación y el sistema de variaciones que puede sufrir.

En primer lugar señala que será el Consejo de la Comisión el encargado de aprobar el Anteproyecto de Presupuesto<sup>1263</sup>, atendiendo a la estructura que sea señalada por parte del

---

<sup>1261</sup> LEY 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

#### TÍTULO VI

Del control de la gestión económico-financiera efectuado por la Intervención General de la Administración del Estado

#### CAPÍTULO I

Normas generales

Artículo 140 Del control de la gestión económico-financiera del sector público estatal

1. En su condición de supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, corresponde al Tribunal de Cuentas el control externo del sector público estatal, en los términos establecidos en la Constitución, en su ley orgánica y en las demás leyes que regulen su competencia.
2. La Intervención General de la Administración del Estado ejercerá en los términos previstos en esta ley el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión control.

<sup>1262</sup> REAL DECRETO 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia. (BOE nº 54 de 03/03/2008).

Artículo 43. Presupuesto, régimen de contabilidad y control económico y financiero.

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia aprobará con carácter anual el correspondiente anteproyecto de presupuesto con la estructura que señale el Ministerio de Economía y Hacienda y lo remitirá a éste para su elevación al acuerdo del Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, integrado en los Presupuestos Generales del Estado.
2. Las variaciones que se introduzcan en el presupuesto serán autorizadas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.
3. Corresponde al Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia aprobar los gastos y ordenar los pagos, salvo los casos reservados a la competencia del Gobierno, y efectuar la rendición de cuentas del organismo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.
4. La Comisión Nacional de la Competencia formará y rendirá sus cuentas de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, y las normas y principios de contabilidad recogidos en el Plan General de Contabilidad Pública y sus normas de desarrollo.
5. El control económico y financiero permanente de la Comisión Nacional de la Competencia se efectuara por la Intervención General de la Administración del Estado con arreglo a lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, sin perjuicio de las funciones que correspondan al Tribunal de Cuentas.
6. El ejercicio anual se computará por años naturales, comenzando el día 1 del mes de enero de cada año.

<sup>1263</sup> 15. Aprobar el anteproyecto de presupuesto y formular las cuentas del organismo.

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y será remitido al Ministerio de Economía y Competitividad para su tramitación Parlamentaria.

En cuanto al Presupuesto, los créditos tendrán un carácter limitativo y vinculante al nivel de especificación establecido por la legislación presupuestaria para los Organismos Autónomos.

En cuanto a las variaciones que pueda sufrir dicho presupuesto se establecen las siguientes reglas:

1. El Presidente de la Comisión autorizará las variaciones presupuestarias que impliquen hasta un tres por ciento de la cifra inicial de su presupuesto total, teniendo como límite que dicha variación no incremente los créditos para los gastos de personal.
2. El titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas autorizará las variaciones por encima del tres por ciento de la cifra inicial de su presupuesto y será el encargado también de autorizar las variaciones que incrementen los créditos de gastos de personal
3. Si dichas variaciones afectan a las aportaciones estatales recogidas en los Presupuestos Generales del Estado, dicha modificación deberá ser autorizada por la autoridad que tuviera competencia para modificación en el Presupuesto del Estado.
4. Las variaciones de carácter interno de las diversas partidas, que no incrementen la cuantía global del presupuesto, serán aprobadas por parte el Presidente, salvo que dichas modificaciones afecten los créditos para gastos de personal en cuyo caso la autorización será competencia del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Las variaciones del Presupuesto, una vez que sean autorizadas por el Presidente, atendiendo a las reglas anteriormente descritas, deberán ser comunicadas a las Dirección General de Presupuesto de Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Ahora bien, uno de los aspectos fundamentales para la puesta en marcha de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es que ésta cuenta con los medios suficientes para el ejercicio de las funciones una vez entre en funcionamiento. Por ello es necesario que la CNMC cuente con la transferencia efectiva tanto del personal como de los medios presupuestarios como se prevé en el apartado cuarto de la Disposición adicional primera<sup>1264</sup>.

---

<sup>1264</sup> Disposición adicional primera. Constitución y ejercicio efectivo de las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

...

4. La puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que implicará el ejercicio efectivo por parte de sus órganos de las funciones que tienen atribuidas, se iniciará en la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad y, en todo caso, en el plazo de

Así se indica en la Disposición adicional cuarta. “Asignación de medios a la Administración General del Estado”, que corresponderá al Gobierno realizar y aprobar todas y cada una de las modificaciones necesarias a los Reales Decretos de desarrollo de la estructura básica de los Ministerios afectados. Así se está realizando en estos momentos, con los lógicos ajustes y desajustes que provoca una situación como ésta.<sup>1265</sup>

Dichas modificaciones no se harán efectivas hasta que los presupuestos de los Ministerios no se adecuen a la nueva distribución competencial, de acuerdo con lo previsto en la Disposición transitoria cuarta<sup>1266</sup>, que indica que mientras los Ministerios no cuenten y dispongan de todos los medios necesarios para el ejercicio de las funciones asignadas, estas serán desempeñadas de manera transitoria por parte de la CNCM. Justamente nos encontramos en dicha fase, la cual exigirá tras la aplicación presupuestaria, una adecuada programación para el próximo ejercicio, una vez definida con mayor precisión la composición definitiva del personal adscrito.

Hay otro aspecto a tener en cuenta el cual corresponde a cuál será el presupuesto aplicable a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hasta que esta entidad cuente con un presupuesto propio. A tal efecto, la Disposición adicional transitoria séptima, denominada Presupuestos aplicables hasta la aprobación de los Presupuestos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, alude que hasta que la nueva entidad no cuente con un Presupuesto propio, se conservarán los Presupuestos de las entidades que se extinguen, de acuerdo con lo previsto en la Disposición adicional segunda<sup>1267</sup> de la Ley. Fase ya superada en este ejercicio económico.

En lo que respecta al Estatuto Orgánico, los artículos 44 y 45, desarrollan los aspectos correspondientes al Régimen de contabilidad aplicable y el Control económico y financiero de la Comisión.

En lo que respecta al Régimen de Contabilidad aplicable, el artículo 44 reproduce algunos aspectos previstos en la Ley sobre esta materia, pero desarrolla con mayor especificidad lo correspondiente al sistema de información contable de la entidad que le permitirá contar con la información necesaria y fiel al patrimonio de la situación financiera.

---

cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley. En esta fecha se tendrá que haber producido la transferencia del personal y de los medios presupuestarios suficientes para el desempeño de las funciones recogidas en esta Ley.

<sup>1265</sup> NAVARRO RODRÍGUEZ, PILAR. “La Nueva Comisión Nacional... Op. cit. 29 y ss.

<sup>1266</sup> Disposición transitoria cuarta. Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En relación con las funciones que, conforme a lo establecido en esta Ley, deban traspasarse a los ministerios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, una vez haya entrado en funcionamiento, las desempeñará hasta el momento en el que los departamentos ministeriales dispongan de los medios necesarios para ejercerlas de forma efectiva.

<sup>1267</sup> Disposición adicional segunda. Extinción de organismos.

1. La constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Sobre el particular se indica en este artículo que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, rendirá cuentas conforme a lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre y a las normas y principios recogidos en el Plan General de Contabilidad Pública y sus normas de desarrollo. Dicho Informe deberá reflejar tanto las operaciones, costes y resultados de su actividad como los demás datos de trascendencia económica.

La Comisión contará con un sistema de información que muestre de manera fiel los estados financieros, una representación fiel patrimonio, los resultados obtenidos y cómo ha sido ejecutado el Presupuesto. La Comisión también contará con un sistema de contabilidad analítica, que le proporcionara la información de costes sobre su actividad que sea suficiente para una correcta y eficiente adopción de decisiones y para la determinación de las diferentes tasas destinadas a sufragar los gastos que se generen en la supervisión de los correspondientes sectores, en particular la tasa general de operadores, de acuerdo con lo previsto en el anexo 1 de la Ley 32/2003<sup>1268</sup> y las tasas provenientes por la prestación de servicios y realización de actividades en relación con los sectores de electricidad y gas natural, según lo dispuesto en el apartado I.4 del Anexo de la Ley 3/2013, de 4 de junio<sup>1269</sup>.

El Estatuto Orgánico en su Disposición final primera, prevé cómo será el sistema de Implantación de contabilidad analítica; para tal efecto la CNMC en colaboración con la Intervención General de la Administración del Estado, implantarán un sistema de contabilidad analítica que le permitirá a la entidad saber y conocer el coste de las actividades realizadas por los distintos órganos que la componen.

Por último, la CNMC, observará los requerimientos funcionales y, en su caso, los procedimientos informáticos establecidos por la Intervención General de la Administración del Estado relativos al sistema de información contable, de acuerdo a lo previsto en el artículo 125 de la Ley 47/2003<sup>1270</sup>.

El artículo 45, desarrolla en sus dos apartados lo correspondiente al Control económico y financiero, reproduciendo lo previsto en el artículo 34 de la Ley. En dicho artículo se indica que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará sujeta a tres tipos de controles: uno externo, uno interno y uno de carácter permanente.

- a. Control externo de la gestión económica- financiera corresponderá al Tribunal de Cuentas.

---

<sup>1268</sup> LEY 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. (BOE Núm. 264 de 4/11/ 2003). ANEXO .Tasas en materia de telecomunicaciones: 1. Tasa general de operadores

<sup>1269</sup> LEY 3/2013, de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE Núm. 134 de 5/06/2013). ANEXO Tasas y prestaciones patrimoniales de carácter público relacionadas con las actividades y servicios regulados en esta Ley

<sup>1270</sup> Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Artículo 125 Competencias de la Intervención General de la Administración del Estado.

- b. Control interno de la entidad será realizado por parte de la Intervención General de la Administración General del Estado.
- c. Control financiero permanente, que será realizado por parte de la Intervención Delegada en la Comisión bajo la dependencia de la Intervención General de la Administración del Estado.

## **5.2. SISTEMA DE CONTROLES PARA GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA Y RELACIONES CON LAS OTRAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO**

Los controles se prevén en el artículo 2 de la Ley, en el apartado primero, así como en el Estatuto Orgánico artículo 1 apartado 3.

En ambas disposiciones se precisa que la CNMC estará sujeta a control del Parlamento y del Poder Judicial, aspectos que permiten garantizar su independencia, al que debe sumarse el control que se hace por parte del Gobierno

La particularidad del modelo Europeo en una primera etapa, se caracterizó por no extender el papel del Parlamento en el proceso de nombramiento de los miembros de las Comisiones Regulatoras ni en la evaluación de las actuaciones de este tipo de entidades ya que cualquier intromisión que se realizara por cualquier rama del poder público podría menoscabar su independencia.

En consecuencia no se han incorporado en las leyes de creación de este tipo de entidades, mecanismos efectivos de control, en comparación con el modelo norteamericano donde el Congreso contaba desde el surgimiento de las Independent Regulatory Commissions IRC de amplios poderes no sólo en el nombramiento de los miembros de este tipo de entidades, sino también de controles continuados sobre la forma cómo las Agencias ejecutan las leyes, lo que les permite revisar el contenido de las actuaciones y decisiones adoptadas por parte de las *Independent Regulatory Agencies IRA*, y de esta manera promover cambios legislativos conforme a los resultados o la supresión de dichas Agencias. Como indicábamos en el Capítulo Segundo, al examinar la experiencia de los Estados Unidos, el control que se ejerce por parte del Congreso de los Estados Unidos se realiza tres etapas, a saber, la primera en el nombramiento de los miembros; la segunda en el control que es realizado por parte de las Comisiones parlamentarias de carácter continuo y permanente y la tercera etapa, consistente en la aprobación del presupuesto anual de gastos de este tipo de agencias.

Los mecanismos de control en sede Parlamentaria en sistema español son recientes<sup>1271</sup>, al ser considerados como límites a la independencia de este tipo de entidades, si bien va aceptándose la conveniencia de un control por parte del Parlamento, el cual tiene como finalidad no sólo

---

<sup>1271</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional...* Op. cit. Pp. 112 y ss.

revisar, sino evaluar el desempeño de este tipo de organismos, atendiendo a que sus decisiones tienen incidencia directa en la economía, en la organización de los sectores. En todo caso es evidente que existen asimetrías en la información entre los miembros de la CNMC y los parlamentarios, lo que lleva a revisar y mejorar esta técnica de control, al igual que se propugna del sistema norteamericano.<sup>1272</sup>.

#### 5.2.1. Control Parlamentario

La Ley de Economía Sostenible respecto al Régimen de las Autoridades Independientes, estableció, según vimos, nuevos mecanismos de control por parte del Parlamento, que son reproducidos en su totalidad en la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con los matices que precisaremos a continuación.

Antes de la reforma del año 2011, el papel que desempeñaba el Parlamento era casi nulo, ya que no se contaba con un sistema de control efectivo por parte de las Cortes respecto a las Comisiones Regulatoras<sup>1273</sup>. Ello fue objeto de críticas por parte de la doctrina<sup>1274</sup>, que cuestionaba el devaluado papel que tenía el Parlamento en el proceso de designación de los miembros de las Comisiones, el cual se limitaba a la comparecencia del Ministro ante la Comisión Parlamentaria pertinente, para informar sobre las personas de reconocida competencia profesional a quienes se pretendía proponer<sup>1275</sup>, presentación que no tenía efecto jurídico alguno frente a los deseos del Gobierno de designar en ese cargo a las personas que a su juicio podrían desempeñar las funciones asignadas a cada Comisión.

Hoy es el artículo 39 de la Ley 3/2013, está dedicado al Control Parlamentario, que se suma al previsto en el artículo 15 de la esta misma<sup>1276</sup>. El control que se ejerce por parte del Parlamento, se realiza mediante su intervención en el nombramiento de los miembros de los Órganos de Gobierno (Presidente, Vicepresidente y Consejeros) en términos mucho más amplios que anteriormente, y en la remisión de informes y las comparecencias. Lo cual sin duda es un contrabalance democrático al criterio técnico, además de comprobar que efectivamente los miembros designados merecen el puesto.

##### 5.2.1.1. Nombramiento

La particularidad del modelo previsto en la LCCNMC artículo 15, es que incluyó un nuevo elemento para potencializar las relaciones con el Poder Legislativo, que consiste en que el Parlamento no solamente puede intervenir en la fase de nombramiento de los miembros que

---

<sup>1272</sup> VÍRGALA FORURIA, EDUARDO. *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2004.

<sup>1273</sup> *Ibíd.* Pp. 62 y ss

<sup>1274</sup> RALLO LOMBARTE, ARMETI. *La Constitucionalidad...* Op. cit. Pp. 269 y ss.

<sup>1275</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. *“La Comisión del...”* Op. cit. Pp. 825.

<sup>1276</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Regulación:...* Óp. cit. Pp. 370-371.

formarán parte de la Comisión, sino que podrá ejercer su poder de veto, que ya había sido incorporado para el proceso de designación de los miembros del Consejo de Seguridad Nuclear. Este elemento en su momento no había sido incluido en la Ley de Economía Sostenible en su artículo 13, a pesar que incluyó la comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versaba sobre la capacidad de los candidatos, estableciendo la obligación para el Presidente, de presentar y exponer su proyecto de actuación en el organismo y sobre el sector regulado.

La inclusión del poder de veto se sugirió en el Informe realizado por PricewaterhouseCoopers atendiendo al modelo francés y no al modelo emblemático del sistema americano y fue incorporado finalmente en la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, siendo el aspecto más novedoso y se constituye en el elemento más importante para determinar o no la idoneidad de las personas propuestas por el Gobierno para los cargos de Presidente, Vicepresidente y Consejeros<sup>1277</sup>, el cual requerirá la mayoría absoluta de la Comisión competente.

El sistema de comparecencia dista del previsto en la Ley de Economía Sostenible, en el sentido de que no se precisa cual es el objeto de la comparecencia, no se determina si es para analizar la capacidad de los candidatos, para revisar su curriculum, ni tampoco se incluyó la formula prevista en artículo 13 de la LES, de que el Presidente presentara su proyecto de actuación en el organismo y cómo podría desarrollar una política acorde atendiendo a la diversidad de funciones y la compaginación de las dos culturas en una misma entidad. Es previsible, que algún momento para garantizar la independencia y limitar en lo posible la politización de la CNMC que se adopte en su totalidad el sistema de nombramientos del modelo norteamericano, lo que implicaría un sistema de audiencias en la que los candidatos serían sometidos a examen, no solamente en la valoración que haga de su trayectoria política, personal y profesional, sino de su visión respecto de los objetivos que alcanzaría en el ejercicio de sus funciones como Consejo de la Comisión.

En lo que respecto al poder de veto, si bien se constituye en una importante herramienta que refuerza aun más el control del Parlamento, es un instrumento que no puede tener utilidad, en razón al sistema de mayorías existentes en la Parlamento y la imposibilidad de gestarse acuerdo para la obtención de la mayoría cualificada de tres quintos, dentro del mes siguiente al que se

---

<sup>1277</sup> CORTES GENERALES DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS COMISIONES. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 393. ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. PRESIDENCIA DEL EXCMO. SR. D. SANTIAGO LANZUELA MARINA. Sesión núm. 35 Celebrada el jueves 5 de septiembre de 2013. Comparecencias de candidatos propuestos por el Gobierno para consejeros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (Número de expediente 276/000013.). Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF) [En línea]. (Consultado el 10/10/2013). En este caso particular, para la designación de los miembros de la Comisión se presentaron tres vetos respecto a los nombramientos de la Vicepresidente y dos consejeros más, los cuales fueron rechazados.



reciba la comunicación. Esta alta exigencia de tres quintas partes, es prudente pero debería ser acompañada de técnicas de transparencia como las estudiadas anteriormente.<sup>1278</sup>

Tal como lo anunció en su momento RALLO LOMBARTE<sup>1279</sup> al analizar las particularidades de este instrumento en la Ley de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, puede que este instrumento sea inocuo, en el sentido de que puede presentarse el veto y no prosperar o pueden darse los supuestos en los que si bien la persona propuesta pueda ser vetada pero no alcance la mayoría suficiente, pero tampoco adquiera la mayoría suficiente para su nombramiento (bloqueo mutuo). De ahí que surja el interrogante de si efectivamente esta persona debe ser designada o no para el cargo, en cuyo caso lo conveniente sería que el Gobierno no procediera a su designación y presentará a otra persona con el fin de que los miembros de la Comisión tengan la aceptación Parlamentaria y no proceder al nombramiento de una persona que no ha contado con la aceptación y beneplácito de la Comisión competente.

Al final puede suceder que se trate simplemente de instrumentos de castigo político, por lo que hay que insistir en la transparencia y en la propuesta previa realizada por un órgano independiente.

#### **5.2.1.2. Remisión de informes y comparecencias**

La remisión de informes y las respectivas comparecencias ante el Parlamento es fiel copia de lo establecido en el (LES) en su artículo 21<sup>1280</sup>, la cual recogía la iniciativa que fue presentado por

---

<sup>1278</sup> SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO y BILHIM JOÃO. Cit.loc. cit.

<sup>1279</sup> RALLO LOMBARTE, ARMETI. *La Constitucionalidad...* Op. cit. Pp. 272 y ss. El análisis del profesor Rallo va más allá, en sentido de cuestionar el sistema de mayoría establecidas tanto en la Ley de 33/2007 del Consejo de Seguridad Nuclear y la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ya que el sistema de mayoría cualificada puede no ser compatible con el artículo 79.2 de la Constitución, donde se establece que las reglas de mayorías para la aprobación de los acuerdos, en primer lugar los acuerdos serán aprobado por la mayoría de los asistentes, salvo las mayorías especiales que se determinen por parte de la misma Carta o las leyes orgánicas y las que se establezcan en los Reglamentos de las Cámaras para la elección de personas; lo que permite precisar que solamente la Constitución puede prever un sistema de mayorías cualificadas y una Ley Ordinaria la que pueda determinar un sistema de mayorías para la designación de los miembros de una Comisión.

<sup>1280</sup> Es de anotar que la elaboración de informes y la presentación de los mismos por parte del Presidente de cada Comisión, se encontraba previsto en las leyes de creación o dicho mecanismo de control parlamentario, tal como lo precisa de forma detallada VÍRGALA FORURIA, EDUARDO. *Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica*. Disponible en: [http://www.academia.edu/2396952/Las\\_Autoridades\\_administrativas\\_independientes\\_en\\_Espana\\_su\\_regulacion\\_juridica](http://www.academia.edu/2396952/Las_Autoridades_administrativas_independientes_en_Espana_su_regulacion_juridica) [En línea] (Consultado 22/05/2013). Quien realiza la siguiente relación de normas donde se contiene la previsión del control parlamentario, siendo necesario precisar que la descripción que realiza este autor es previa a la aprobación de la Ley de Economía Sostenible:

*Control parlamentario: las AAI están obligadas a remitir informes anuales a las Cortes directamente (CSN, art. 11 LCSN; CNMV, art. 13 LMV; CNC, art. 28.1 LDC; CNSP, art. 7.3.n LCNSP) o por medio del Gobierno (CMT, art. 48.11 LGTel; CNE, Disposición adicional undécima. tercero.1 LSH). En cuanto a la obligación de comparecer ante las Comisiones parlamentarias sólo está previsto para la CNMV (art. 13 LMV), el CSN (art. 11 LCSN) y la CNC (art. 28.2 LDC) 56, pero nada lo impide<sup>57</sup> ni tampoco que un diputado recabe datos, informes o documentos de una AAI (art. 7 RCD). Finalmente, los miembros de una*

el Partido Popular<sup>1281</sup> cuando fue sometida a consideración el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Se indicaba que era necesario que los Presidentes de las Comisiones comparecieran con cierta regularidad, no solo la comparecencia anual del Presidente, ante el Congreso de los Diputados, con el fin de exponer las líneas básicas de sus actuaciones, los planes a desarrollar, la evolución de los mercados, del intercambio de las experiencias regulatorias. Se señala la comparecencia cada tres años, como una forma especial para debatir la evaluación de los planes de actuación y los resultados obtenidos por la Comisión. Reiterando que este tipo de entidades hacen parte de la Administración y que se encuentran bajo la dirección del Gobierno<sup>1282</sup>.

Tradicionalmente el Control Parlamentario, se realiza a través de dos mecanismos en relación con estos Organismos:

---

*AAI, como todo ciudadano, están obligados a comparecer ante la Comisiones de investigación del Congreso y del Senado (art. 76.2 CE)*

<sup>1281</sup> BELLO PAREDES, SANTIAGO B. *Comentarios a la Ley...* Óp. cit. Pp. 47.

<sup>1282</sup> Recordemos los sistemas (para la rendición de cuentas que han sido consagrados en otras legislaciones y que detalladamente se exponen en el informe elaborado por PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). *Modelo organizativo de ...* Op cit. Pp. 31, y que lentamente han sido incorporados en la legislación española con el fin de garantizar un control por parte del Parlamento respecto de las actuaciones del Regulador Sectorial

*“Mecanismos de rendición de cuentas*

*En relación con los mecanismos de rendición de cuentas, el análisis de la experiencia internacional muestra que algunos de los elementos que han introducido las legislaciones de otros estados son los siguientes:*

- *Revisiones periódicas de eficiencia y eficacia por comparación con otros reguladores y medidas de austeridad. La realización de auditorías con dicho objetivo, como sucede en Francia, permite obtener una información importante con el fin de, entre otras cosas, identificar aspectos de mejora e implementar soluciones.*
- *Control parlamentario y control del Tribunal de Cuentas. La rendición de cuentas ante estas instituciones es un mecanismo de control utilizado en varios países del mundo, que es el contrapeso necesario a la independencia del regulador para garantizar el adecuado ejercicio de sus competencias y uso de su presupuesto.*
- *Análisis periódicos sobre la evolución de los mercados, con el objeto de reconducir en caso necesario la actividad de los reguladores. En este sentido, Holanda, por ejemplo, ha establecido revisiones de su organismo regulador de telecomunicaciones cada cuatro años, a través del mecanismo de la sunset clause”. (Término de caducidad).*
- *Mecanismos de recurso eficaces. Es uno de los mecanismos de control más importantes. A este respecto, la experiencia en algunos países muestra que el sistema de recurso habitual, ante los tribunales, puede ser inadecuado para tratar cuestiones técnicas y además consume mucho tiempo. En algunos países existe un sistema de recurso ante un órgano administrativo especializado, como es el caso de Hong Kong.*
- *Derecho de veto sobre algunas decisiones del regulador por parte del Consejo de Ministros o del Ministerio competente. El derecho de veto en circunstancias excepcionales y tasadas existe, además de en España, en Alemania y Francia, en materia de control de concentraciones. Asimismo, en el caso de este último país existe la necesidad de obtener el refrendo por parte del Ministro para adoptar determinadas decisiones en materia de telecomunicaciones. En el Anexo E se incluyen algunos ejemplos de materias en las que las decisiones del regulador de telecomunicaciones francés, Arcep, están sometidas a validación, que incluyen el establecimiento de determinados derechos y obligaciones que afecten a los operadores, las condiciones técnicas y financieras de interconexión y acceso o las condiciones para el establecimiento de instalaciones radioeléctricas y redes independientes.”*

1. Mediante la Remisión de Informes
2. Mediante las Comparecencias

En cuanto a la remisión de los informes y memorias anuales al Parlamento es un mecanismo para exigir la responsabilidad de los Presidente de la Comisión y le permitirá al Parlamento tomar las decisiones correspondientes para corregir los fallos que no fueron solucionados de manera efectiva por parte de la Comisión, a través del suministro de la información<sup>1283</sup> y el seguimiento continuo de la labor que se realiza por parte de la entidad en el ejercicio eficiente de sus funciones.

En cuanto a las comparecencias, tienen como finalidad que el Presidente exponga las líneas de actuación y los planes y prioridades para el futuro.

Si bien la comparecencia recae en el Presidente de la entidad, esto no impide que los demás funcionarios puedan ser requeridos por parte de la Comisión del Parlamento, más aun cuando en el modelo previsto para el Consejo y de su sistema de rotación de los Consejeros, traerán como consecuencia que el Parlamento ejercite con más frecuencia este control ante el volumen de asuntos que serán de conocimiento por parte de la Nueva Comisión.

Durante su mandato, el Presidente comparecerá de forma especial dos veces (específicamente atendiendo a que su mandato corresponde a un período de seis años, con la finalidad de presentar al Parlamento un conjunto los resultados obtenidos por parte de la Comisión y si efectivamente si su Plan de actuación ha alcanzado los objetivos y metas propuestas en él.

Como afirma BETANCOR<sup>1284</sup>, el mecanismo consagrado en Ley tiene como finalidad que la Comisión suministre información sobre sus actuaciones al Parlamento, de allí que este autor precise:

*Las dos vías de control parlamentario a las que me he referido se basan en el suministro de información al Parlamento para que éste siendo llegar hasta el extremo de proponer cambios legislativos. Ahora bien, la información que pueden suministrar estos organismos está cubierta, a su vez con el deber del secreto. Para compatibilizar este deber la información necesaria para el desarrollo de sus funciones de control, en algunas leyes se contempla que el representante del organismo puede solicitar la comparecencia se lleve a cabo a puerta cerrada, o sea, sin publicidad para salvaguardar el secreto de la información manejada por estas Administraciones (caso del BdE y de la CNMV).*

---

<sup>1283</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Regulación...* Pp. 371, que precisa la finalidad de esos dos controles es el Parlamento cuente con la información correspondiente para la imposición de medidas para corregir los fallos de los mercados, ya que las medidas impuestas por el Regulador no cumplieron su finalidad.

<sup>1284</sup> *Ibíd.* Pp. 371.

### 5.2.2. Control Judicial

El otro sistema de control previsto en el artículo 2 del apartado primero, es control jurisdiccional de la actividad que realiza la Comisión, como un mecanismo para garantizar su independencia: Este mecanismo se reitera en el artículo 36 de la misma Ley, donde se indica que los actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas de la CNMV dictados en ejercicio de sus funciones pondrán fin a la vía administrativa y por consiguiente serán recurribles de forma directa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa<sup>1285</sup>.

La finalidad del control judicial es realizar un control de legalidad, una revisión del ejercicio de la potestad normativa que le ha sido asignada a este tipo de entidades, donde se revisan por parte del juez contencioso administrativo en especial la relación entre los Reglamentos del Gobierno y los reglamentos que se expidan por parte de la CNMC. Su finalidad recuerda BETANCOR RODRIGUEZ<sup>1286</sup> es la de constatar *si esta potestad, como sucede en algún caso, ha sido correctamente ejercida*.

Un elemento importante, y que viene a reforzar la independencia de la CNMC, tal como se hizo en la Ley de Economía Sostenible fue la eliminación del recurso administrativo de alzada, respecto a al Ministerio de adscripción (una alzada impropia, propia valga la contradicción del ejercicio de tutela administrativa), en que las decisiones que sean proferidas por parte de la nueva Comisión serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo o la Audiencia Nacional. Siempre será aconsejable que existan fórmulas para evitar la discrecionalidad propia del regulador y se pueda realizar un juicio de proporcionalidad frente a las decisiones que se adopten<sup>1287</sup>. Pero no se olvide lo antes indicado respecto del artículo 36, que permite la pervivencia de determinados recursos administrativos cuando no sea el Presidente o el Pleno quien decida, y sin perjuicio de mantener las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia.

A juicio de MONTERO PASCUAL<sup>1288</sup>, la actividad del regulador es discrecional, lo que implica que la labor del juez quede limitada a la de verificar aspectos procedimentales, sin llegar a analizar el fondo del asunto. Por ello habría sido indispensable la inclusión de reglas de control de tal discrecionalidad y de un juicio de proporcionalidad de las decisiones que se adopten por parte del Regulador, orientadas a que la labor del juez sea más sencilla y pueda

---

<sup>1285</sup> RALLO LOMBARTE, ARTEMI. *La Constitucionalidad...* Op. cit. Pp. 261.

<sup>1286</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. *Regulación...* Op.cit. Pp. 372.

<sup>1287</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op.cit. Pp. 119. Quien alude a cuatro tipo de fórmulas tendentes a evitar la discrecionalidad de las Autoridades Administrativas, en este caso particular el CNMC, para lo cual es necesario que los jueces tengan conocimientos técnicos, la exigencia de la motivación de los actos por parte de la CNMC, el reconocimiento en el proceso de un procedimiento con los derechos de los interesados y dimensionar el papel de los peritos con conocimientos específicos que contribuyan a la labor de los jueces de adoptar la decisión sobre un determinado asunto.

<sup>1288</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op.cit. Pp. 62.

comprender los aspectos técnicos que en ella se incorporan, lo que habría sido de enorme utilidad para garantizar la seguridad jurídica.

Procedemos pues a revisar los recursos contra los actos de la CNMC.

#### **5.2.2.1. Recursos contra los Actos**

El artículo 36 denominado **Recursos contra las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, compuesto por dos apartados.

El apartado primero precisa que todos los actos y decisiones de los órganos distintos a los Órganos de Gobierno (Presidente y Consejo), podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Pero se establece una excepción a esta regla, ya que los actos que se expidan en aplicación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, únicamente podrán ser objeto de recurso a los que hace referencia el artículo 47 de la Ley (que corresponde a Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación)<sup>1289</sup>.

El apartado segundo precisa que los actos y resoluciones que sean adoptados por parte del Presidente y del Consejo (pleno o salas sean estas de competencia o de supervisión regulatoria) dictados en ejercicio de sus funciones públicas podrán fin a la vía administrativa y no serán recurribles mediante recurso de reposición, y solamente podrán ser recurribles ante la jurisdicción contenciosa administrativas. Se solventa así el viejo problema, que ya se daba en el añejo Tribunal de Defensa de la Competencia, sobre la posibilidad de recurso de reposición contra tales actos y que dio lugar a una variada controversia.

El problema respecto al Control judicial, es que se enfrenta a la discrecionalidad de la CMNC, sumado a las consideraciones técnicas típicas de los actos dictados por parte de esta entidad impiden realizar un control efectivo de las medidas, principalmente por la indeterminación de los conceptos que se utilizan en materia regulatoria. De ahí, como afirmó VÍRGALA FORURIA sobre la CMT<sup>1290</sup> que *un no puede un juez ordinario sustituir a la CMT en su potestad de determinar con discrecionalidad técnica los términos de interconexión, en aquellos casos en que la LGT le ha atribuido a la CMT esta facultad*. Por lo que se hace indispensable -

---

<sup>1289</sup> LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (BOE Núm. 159 de 4/07/2007). Artículo 47, cuyas referencias a la Comisión Nacional de la Competencia debe entenderse como Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Artículo 47 Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación  
1. Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días.

2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo.

3. Recibido el recurso, el Consejo pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días.

<sup>1290</sup> VÍRGALA FORURIA, EDUARDO. *La Constitución...* Op. cit. Pp. 291

al igual que se espera que el miembros de la Comisión, principalmente el Presidente, Vicepresidente y Consejeros tengan un conocimiento amplio sobre los asuntos sometidos a consideración- que los miembros de los Tribunales cuenten con la formación necesaria para que exista un control efectivo de este tipo de actos sometidos a su control. Lo que se busca fundamentalmente es que se limite la discrecionalidad de la CNMC.

Ahora bien, ante la diversidad de funciones que le fueron encomendadas a la entidad, es necesario tener presente cual es el régimen jurídico correspondiente a los actos que expiden por parte de la CNMC.

Hay un aspecto que se ha pasado por alto, en lo que respecta a la asunción o transferencia de funciones que anteriormente eran desempeñadas por parte de las diversas Comisiones y que son asumidas por parte de los diversos Ministerios. Tal como lo precisábamos en el epígrafe dedicado a las Funciones de la Comisión y como se dispuso en la Ley de Creación de la Comisión, en la recuperación de las funciones de carácter administrativo por parte de los entes ministeriales se debe tener presente que sobre los actos que se dicten por parte de los Ministerios respecto a las nuevas funciones, existirá un control por parte de los Tribunales. Lo cual implicará que estos últimos, deban contar con conocimientos específicos en asuntos regulatorios y de política sectorial. Por ello es necesario la creación de Salas Especializadas como lo enunció en su momento ARIÑO ORTIZ<sup>1291</sup> y que reitera NAVARRO RODRIGUEZ<sup>1292</sup>, atendiendo a que se incrementará el número de asuntos que serán recurridos ante los Tribunales, lo que hace necesario que los Magistrados cuenten con la formación necesaria en esta materia y por consiguiente las decisiones que se adopten por parte de las entidades ministeriales dispongan de la suficiente motivación y análisis y no solamente se base en criterios simplemente técnicos que pueden conducir a equivocaciones por parte del Juzgador.

---

<sup>1291</sup> ARIÑO ORTIZ. GASPAS. *“Introducción. Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial”*. En VVAA: *Precios y Tarifas en sectores regulados*. Gaspar Ariño Ortiz (ed). Comares. Granada. 2001., precisando... *ha llegado el momento de pensar en la Creación de una Sala especial del Tribunal Supremo ( o una Sección especializada; dentro de la Sala 3ª) con competencia especial en materias económicas, capaz de juzgar las decisiones gubernamentales en este campo, no para sustituir al Gobierno legítimo de la nación- el gobierno de los jueces es siempre peor que el gobierno de los políticos- sino para valorar la adecuación a Derecho de sus decisiones y las consecuencias, a veces inicuas, que de ellas se derivan. El Estado de Derecho, social y democrático (art. 1 CE), no puede quedarse a las puertas de la regulación económica”*. .. *“(…) aunque el Derecho de los servicios públicos se ha perfeccionado considerablemente en los últimos años, las dificultades técnicas del juicio económico de un Tribunal subsisten y los sistemas probatorias de nuestras leyes procesales no son los adecuados para estos casos. La única forma de que un Juez pueda emitir un juicio fundado sobre la elevación (o no) de una tarifa o sobre la procedencia (o improcedencia) de una subvención compensadora de su insuficiencia, es que cuando el asunto llegue hasta el, se encuentren incorporados al expediente análisis económicos fiables, objetivos, neutrales, elaborados, tras las alegaciones de las partes, por un Ente regulador o Tribunal administrativo, independiente que informe preceptivamente, con carácter previo, sobre el. El control judicial de esa inextinguible discrecionalidad técnica que acompaña a los juicios económicos debe venir apoyado por unos análisis cuasijudiciales hechos por un Ente competente para ellos (competente en el doble sentido: con autoridad para ellos y con conocimiento técnico de los problemas)”*.

<sup>1292</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. *“La Nueva Comisión...”* Op. cit. Pp. 26 y ss.

Asimismo, sería conveniente la unificación del régimen de los recursos contra las actuaciones que realicen el Presidente de la Comisión y el Consejo y de los demás recursos que puedan interponerse frente a las demás actuaciones de los demás organismos que conforman la Comisión.

### 5.2.3. Relaciones con el Poder Ejecutivo

Se parte de la premisa que la CNMC formalmente es una entidad independiente y ejercerá su actividad y fines, con independencia de los intereses empresariales o comerciales o de cualquier tipo de injerencia por parte del Gobierno como de la Administración General del Estado, como se reitera en el artículo 3 de la Ley apartado segundo *...ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada*. Si bien esta es la regla imperante a lo largo de la Ley y que se recoge en varias disposiciones de la misma, se indica que la Comisión entabla relaciones tanto con el Gobierno y la Administración General del Estado a través de dos mecanismos típicamente administrativos, como lo son la coordinación y la cooperación, atendiendo a que no es una entidad aislada y más aún cuando existe un reparto competencial en materia de regulatoria con distintas entidades de la AGE.

Las Relaciones con el Poder Ejecutivo se circunscriben a tres ámbitos, a saber, el primero relacionado con el control por parte del Gobierno, que se concreta en el nombramiento y cese de los miembros de los Órganos de Gobierno de la CNMC y la potestad atribuida al Gobierno de dirigir la política interior, como se indica en el artículo 97 de la Carta Magna; el segundo, ámbito de aplicación, sobre las relaciones de coordinación y colaboración entre CNMC y los demás organismos de la AGE y un tercer ámbito las relaciones que se establecen con las Instituciones Europeas.

#### **5.2.3.1. Control por parte del Gobierno**

La independencia de esta entidad viene dada bajo la fórmula que no podrá recibir instrucciones del Gobierno ni de la Administración General del Estado. Si bien ésta es la regla imperante, no puede olvidarse que el Gobierno ejerce su control a través del nombramiento de personas afines o cercanas al Gobierno y que excepcionalmente cabe en los términos ya examinados la remoción o cese de los cargos de los miembros de esta Comisión. Todo ello teniendo como límite los motivos previstos en la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para evitar un ejercicio arbitrario por parte del Gobierno. Aspecto al que dedicaremos un mayor análisis en el Capítulo VI.

Otros de los aspectos sobre los cuales gravita el control que ejerce el Gobierno sobre la CNMC, es en el ejercicio que hace el primero de la potestad normativa reconocida en la Constitución en el artículo 97 a dirigir la política interior, facultándolo a ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Es así como en ejercicio de dicha facultad puede definir la política económica aplicable en cada uno de los sectores

económicos. Por tanto CNMC atendiendo al principio de coordinación, debe atender no solamente a las normas que ha sido dictadas por el Parlamento, sino a los reglamentos dictados por el Gobierno y que inciden en el ejercicio de funciones<sup>1293</sup>.

El Gobierno puede ejercer cierto grado de control en el Presupuesto de la CNMC, la cual se encarga de presentar el anteproyecto de presupuesto, el cual debe ser aprobado por el Gobierno para su inclusión en los Presupuestos Generales del Estado, lo que le permite al Gobierno, revisar algunas de las partidas previstas en el Anteproyecto: la regla que debería imperar es que dicho Presupuesto no debería ser alterado por parte del Gobierno, sino simplemente ser remitido al Parlamento, con el fin de que este determine la cuantía de gastos de la Comisión y como se distribuirán durante en el año. Pero naturalmente, siempre el Parlamento tendrá la última palabra, además de que lógicamente la Ley de Presupuestos, es elaborada precisamente por el Gobierno. En definitiva, una cosa es un supuesto teórico de independencia, y otra bien distinta es la normal y ordinaria realidad de atender a la totalidad de las políticas económicas, en la cual, el Presupuesto es fundamental, por lo que es lógico que, con todos los matices necesarios, el Gobierno examine en profundidad dicho Presupuesto de la CNMC.

La ventaja de este modelo característico del sistema norteamericano, es que se constituye en otro mecanismo de control del Parlamento respecto al manejo dado por la Agencia durante el año siguiente de ejecución presupuestaria, lo cual implicaría que al año siguiente su presupuesto pueda verse sensiblemente reducido o modificado. Pero recordando que nuestra tradición constitucional hace que el Gobierno tenga realmente la primera, y en definitiva, clave, de la función presupuestaria, salvo crisis en cuyo caso, exactamente se encontraría en una situación crítica la organización del Estado.

#### **5.2.3.2. Relaciones con el Gobierno y la Administración General del Estado**

Es necesario hacer referencia al artículo 4 de la ley de creación de la CNMC, denominado *Coordinación y cooperación institucional*, donde se establecen los parámetros de las relaciones de la CNMC tanto a nivel nacional con el Gobierno y la Administración General del Estado.

Establece en cada uno de sus numerales que la nueva Comisión velará por la aplicación uniforme tanto de la legislación sectorial, como la legislación de competencia a través de dos técnicas del Derecho Administrativo como lo son la coordinación con el resto del Poder Ejecutivo, la Administración General del Estado, así como la colaboración en el ámbito internacional con las Instituciones Europeas, principalmente con la Comisión Europea y las otras autoridades o entidades de los países miembros y con las diversas redes europeas en materia de competencia y de regulación a las que hacían parte las Comisiones fusionadas<sup>1294</sup>.

---

<sup>1293</sup> Vid. Capítulo III. 3.2.4. Problemática Constitucional.

<sup>1294</sup> LEY 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, (BOE Núm. 10/05/2014). En Título VI La Administración de las Telecomunicaciones, en su apartado segundo precisa que las autoridades nacionales de reglamentación previstas en la Ley, en este caso particular la CNMC en materia de telecomunicaciones,



A tal efecto y con el fin de garantizar las relaciones tanto de Coordinación como de Cooperación el Artículo 4 del Estatuto, consagra las diferentes denominaciones legales que adoptará la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atendiendo si le resulta aplicable la normativa Comunitaria o la normativa nacional, para tal efecto éstas son las denominaciones de la Comisión:

1. Autoridad Nacional de Competencia
2. Autoridad Nacional de Reglamentación en el sector de las comunicaciones electrónicas<sup>1295</sup>
3. Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural
4. Autoridad Estatal de Supervisión en materia de tarifas aeroportuarias.
5. Autoridad Nacional de Reglamentación en el sector postal.

El esquema viene a ser complementado por lo previsto en el Capítulo V del Reglamento Interno de Funcionamiento denominado De las Relaciones Institucionales, donde se establecen los mecanismos de colaboración con la Administración de Justicia, con otros entes públicos y privados, con otros órganos de otros Estados o de la Unión Europea y con los medios de Comunicación, sobre el particular el Reglamento indica:

- Colaboración con la Administración de Justicia (Art. 25)

Conforme al ordenamiento jurídico aplicable, la CNMC prestará auxilio y colaboración que se le sea requerida por parte cualquier órgano de la Administración de Justicia.

- Relaciones con otros entes públicos y privados (Art. 26)

La CNMC, a través de su Presidente, podrá entablar relación o comunicación con cualquier ente de las Administraciones Públicas y con entes privados. Para tal efecto, se podrán suscribir protocolos de actuación.

---

coopera mutuamente, con los demás órgano de control de otros Estados y organismos pertinentes de la Unión Europea, a fin de fomentar la aplicación coherente de la normativa comunitaria en materia de comunicaciones electrónicas y contribuir al desarrollo del mercado interior. Con tal fin, apoyarán activamente los objetivos de la Comisión y del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones (ORECE) de promover una mayor coordinación. También, colaboraran con ambas instituciones, a fin de determinar qué tipos de instrumentos y soluciones son los más apropiados para tratar situaciones particulares de mercado.

<sup>1295</sup> Ibíd. Pp. 56. En el Título VI La Administración de las Telecomunicaciones, en su **artículo 68** precisa las **Competencias de la Administración General del estado y sus Organismos público**, por consiguiente tendrán el carácter de Autoridad Nacional de Reglamentación:

- a) El Gobierno
- b) Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que, de conformidad con la estructura orgánica del departamento, asuman las competencias asignadas a este ministerio en materias reguladas por esta Ley.
- c) Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Economía y Competitividad que, de conformidad con la estructura orgánica del departamento, asuman las competencias asignadas a este ministerio en materias reguladas por esta ley.
- d) **La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de las competencias que se ha asignado en materias reguladas por esta Ley**

- Relaciones con órganos de otros Estados o de la Unión Europea. (Art. 27)

La Comisión, a través de su Presidente, Vicepresidente o la persona que se sirvan delegar, mantendrá relaciones con los restantes órganos de control en otros de otros Estados y, en particular, con los organismos de la Unión Europea. Este tipo de relaciones permitirán a la CMNC a petición de estas entidades u órganos suministrar y recibir la información de carácter técnico que se estime necesaria, así como acordar intercambios de estancia de sus funcionarios, asistencias técnicas, entre otros.

- Relaciones con los medios de comunicación

Se creara una unidad de la estrategia de comunicación, la cual dependerá del Presidente de la Comisión. Este aspecto, tradicionalmente descuidado, tiene importancia creciente en cualquier organismo público.

En lo que corresponde a los mecanismos de Cooperación Institucional<sup>1296</sup>, se encuentran previstos desde dos perspectivas, nacional e internacional (que examinamos en el siguiente epígrafe)

La primera, referida a las relaciones entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con los demás órganos, tanto Autonómicos y de Cooperación con la Administración General del Estado, y con los órganos jurisdiccionales. No se precisa en la Ley, qué tipo de relación con las entidades a las cuales se le ha reasignado sus competencias, hay que estructurar, lo cual debería haberse hecho, atendiendo a que la información que sea recopilada por parte de estos organismos se constituye en el elemento fundamental para la definición e imposición de obligaciones, la definición de los mercados relevantes y la determinación de los Operadores con Posición de Mercado, la definición de metodologías en cuanto a costes, acceso a infraestructuras, la garantía del servicio postal, los mecanismos para su financiación. Ninguno de estos criterios se encuentra previstos en ningún artículo de la Ley, ni tampoco en las Disposiciones adicionales, sino en otros documentos, aspectos que se destacan en la comunicación remitida por la vicepresidente de la Comisión Europea<sup>1297</sup>.

La Ley solamente hace alusión a mecanismos genéricos de coordinación con otros organismos administrativos, de colaboración con otros organismos y la fórmula de relación con los Ministerios competentes por razón por la materia en ejercicio de sus funciones. Sobre estos últimos, vale la pena precisar, que en virtud de la transferencia de funciones de carácter administrativo a los Ministerios, implica un aumento significativo de dichos mecanismos, principalmente en lo correspondiente al suministro de la información y de los registros que son fundamentales para la toma de decisiones respecto de los asuntos que son de conocimiento por parte de la Comisión<sup>1298</sup>.

---

<sup>1296</sup> Artículo 4.

<sup>1297</sup> Ver en: <http://ep00.epimg.net/descargables/2013/02/24/bc2701232a3bdf5a7d199cb40af021e0.pdf>

<sup>1298</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de...* Op. cit. Pp. 115.

Dentro del papel que viene a desempeñar la CNMC en relación con la actividad que realizan las Administraciones Públicas, se destaca la función consultiva que conserva la Comisión. En el nuevo marco normativo, se reconoce en el artículo 5, apartado segundo y 2 de la Ley de creación, al indicar que la CNMC *actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios*. Dicha atribución habilita a la entidad para que pueda participar a través de Informes en el proceso de elaboración de las normas, que pueden afectar a sus competencias en los sectores regulados sometidos a supervisión o a derecho de la Competencia<sup>1299</sup>,

Por último, CNMC, tiene la legitimación para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados o perseguir objetivos distintos a los previstos en el derecho de la competencia, siendo una de las principales potestades atribuidas en la Ley de Competencia Ley 15/2007, que sin dudarle se convirtió en una novedad en el ámbito de la política de la competencia en España<sup>1300</sup>. Esta atribución se ha visto reforzada con la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

La legitimación atribuida inicialmente a la CNC y que se transfiera a la CNMC, tiene como finalidad principal, eliminar del ordenamiento jurídico todas aquellas actuaciones que puedan ser contrarias a la competencia, incluso si es la propia Administración Pública la que las realiza. La clave de esta atribución es poder determinar si la Administración Pública actúa como un operador económico; de allí que la labor en primer lugar es determinar la condición en la que actúa.

Esta competencia de impugnación, completa la labor de promoción de la competencia que realiza la ANC sobre las actuaciones que son realizadas por parte de las Administraciones Públicas, a través de su sistema de informes, en este caso concreto *“Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora*

---

<sup>1299</sup> ÁVILA, PALOMA. *“El papel de la Comisión Nacional de la Competencia en la actividad de regulación de las administraciones públicas”*. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas.2011, Pp. 375-392.

<sup>1300</sup> GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *“La Impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia”*. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas.2011, Pp. 441- 457. En igual sentido, BAÑO LEON, JOSÉ MARÍA. *“La aplicación del derecho <<antitrust>> a la administración pública”*. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas.2011. 61-86.

de la competencia”<sup>1301</sup>, en la que CNC en su momento reseñó la existencia de algunos actos realizados por parte de las Administraciones públicas que imponían cargas a adicionales a las previstas en el ordenamiento, o generaban beneficios para algunos operadores jurídicos; de ahí que la Administración debería incorporar esas recomendaciones a efectos de que sus actos se ajusten a las reglas de competencia, en los supuestos en los que existan limitaciones injustificadas a la competencia y habilitan a la actual CNMC en recurrir dichos actos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de ser expulsados del ordenamiento jurídico.

#### **5.2.3.3. Relaciones con las Instituciones Europeas**

Respecto a las relaciones con la Comisión Europea y demás Organismos Reguladores Europeos y Autoridades Nacionales (red de Autoridades Nacionales)<sup>1302</sup>, se indica en el artículo 4 de la Ley, que existirá una *colaboración regular y periódica*. No se puede considerar como un criterio discrecional por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia su participación y colaboración en las acciones con la Comisión Europea, ya que ello contradice claramente los mandatos comunitarios previstos en las Directivas. En ellas se indica que tanto la coordinación como colaboración, por parte de los diversos organismos reguladores, en este caso concreto la CNMC, es un tipo de mecanismos se han incorporado para que todos los Organismos Reguladores participen activamente con los demás organismos reguladores de la Unión Europea, cuya finalidad es que exista un marco armonizado en cuanto a la ejecución y desarrollo de los mandatos comunitarios, lo que implica un grado de control por parte de las Instituciones Europeas tanto en materias de competencia como de regulación.

Ha de señalarse, que la fórmula escogida por el Estatuto, es la de atribuirle distintos ropajes a la CNMC, con el fin de garantizar su participación en los demás organismos, grupos de trabajo, realizar la elaboración de informes para la armonización de la regulación y la coherencia en su aplicación por todos los miembros de la Unión Europea. Todo ello tendente a que exista una Buena Regulación y unas excelentes prácticas regulatorias, sin olvidar su participación en las asociaciones y foros internacionales de regulación, así como la notificación de sus medidas a otros organismos ya sea el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones (ORECE/BEREC) o la Agency for the Cooperation of Energy Regulation (ACER) y demás organismos reguladores de las medidas a imponer, de los análisis realizados en materia de definición de mercados, de las obligaciones previstas.

---

<sup>1301</sup> Ibíd. Pp. 449.

<sup>1302</sup> Artículo 4. 2. Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mantendrá una colaboración regular y periódica con la Comisión Europea y con las autoridades competentes de otros Estados miembros, fomentando la coordinación de las actuaciones respectivas en los términos previstos en la legislación aplicable.

Sin dudarlo, la ausencia de un Organismo Regulador Sectorial implicaría la imposibilidad de poder contar con un modelo regulatorio único para cada sector.<sup>1303</sup> Resulta pues obligado entender este precepto como un deber, no como una simple posibilidad.

---

<sup>1303</sup> ASOCIACION ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Comentarios...Op. Cit Pp.* 7. Cuya observación es totalmente válida respecto a las relaciones de Coordinación y Coordinación Institucional, atendiendo a la redacción de los artículos dedicados sobre esta materia no sufrieron ningún tipo de modificación. Sobre el particular la Asociación indicó lo siguiente como un aspecto fundamental para garantizar la labor exigible a la Comisión:

*“34. La integración de funciones regulatorias y funciones de aplicación normativa de la competencia es un solo organismo exigirá una especial labor de coordinación y relación institucional tanto con las autoridades de defensa de la competencia de terceros estados, comunitarios o no, como con sus respectivos órganos regulatorios sectoriales o departamentos ministeriales, según sea el caso, así como con organizaciones internacionales.*

*El APL no refleja suficientemente el haz de relaciones institucionales que en el ámbito internacional deberá desarrollar la nueva CNMC. Tampoco coordinación que se establecerá entre la CNMC y los ministerios que asuman competencias en los sectores supervisados.”*

## Capítulo VI

# Independencia Orgánica y Funcional de la CNMC

---

### 6.1. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

#### 6.1.1. Estructura de la Comisión

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá sus funciones a través de dos órganos de Gobierno: El Consejo y el Presidente de la Comisión, este último quien no solamente presidirá la Comisión sino su Consejo<sup>1304</sup> y unos órganos de dirección que se integran por cuatro direcciones.

El artículo 13 de la Ley y el Capítulo II del Estatuto Orgánico<sup>1305</sup>, en su artículo 6, ratifica como máximo órgano de Gobierno de la Comisión al Consejo de la misma, que será integrado por el Presidente, Vicepresidente y los 8 consejeros restantes.

---

<sup>1304</sup> Artículo 13. Órganos de gobierno.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá sus funciones a través de los siguientes órganos de gobierno:

- a) El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- b) El Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que lo será también de su Consejo.

<sup>1305</sup> REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013).

#### CAPÍTULO II

Estructura de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Sección 1.ª Del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Artículo 6. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

1. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, el Consejo es órgano de gobierno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

2. Los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, incluidos el Presidente y el Vicepresidente, serán nombrados y cesados de acuerdo con lo establecido en los artículos 15 y 23 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

El Reglamento de Funcionamiento Interno<sup>1306</sup> de la CNMC en su Capítulo II Sección 1ª artículo 2, reitera lo dispuesto tanto en la Ley como en el Estatuto Orgánico, respecto a los Órganos de Gobierno, siendo éstos, el Consejo de la Comisión y el Presidente que ostenta la doble calidad de ser Presidente de la Comisión y del Consejo.

En este capítulo de la Ley se indica cómo será la forma de designación de los Consejeros y su mandato, la forma de designación del Presidente y su mandato, régimen de incompatibilidades, así como el catálogo de funciones encomendadas tanto al Presidente, al Consejo y a las Salas de este.

El Estatuto asimismo en su Capítulo II, Sección 1ª Del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Sección 2ª Del Pleno y de las Salas y Sección 3ª.

Hay que destacar las dos salas del Consejo, una dedicada a los asuntos de competencia y otra a los asuntos de supervisión regulatoria y las cuatro direcciones de instrucción, incluidas durante la tramitación legislativa, producto de las objeciones presentadas al proyecto por parte de la Comisión Europea. Esta objeción surgió principalmente porque la estructura inicialmente propuesta contenida en el proyecto Ley remitido a las Cortes en el mes de octubre del 2012<sup>1307</sup> y en los documentos que lo acompañaban, como el Dictamen del Consejo de Estado y en la Memoria de impacto, no se indicaba como sería el ejercicio de las competencias encomendadas a los Organismos Reguladores que se fusionan y principalmente como podrían ser conocidos los diversos asuntos por parte del Consejo de la Comisión. Lo cual no garantizaba la independencia, autonomía y la calidad regulatoria de este Macroregulador sin precedentes en la Unión Europea, por lo cual se consideró que uno de los mecanismos para solventar los reparos

---

3. En su condición de altos cargos de la Administración General del Estado, ejercerán su función con dedicación exclusiva y estarán sometidos al régimen de incompatibilidades.

<sup>1306</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LA CNMC. El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión celebrada el 4 de octubre de 2013, ha aprobado el Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Disponible en: [http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/normativa/2013/Reglamento\\_Funcionamiento\\_Consejo\\_9octubr e\\_Final.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/normativa/2013/Reglamento_Funcionamiento_Consejo_9octubr e_Final.pdf) [En línea] (Consultado 24/10/2013).

REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LA CNMC

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto.

Con el objeto de dar cumplimiento a la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en particular para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva de todos los mercados y sectores productivos, el presente reglamento regula, por habilitación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en desarrollo de dicha Ley y del Estatuto Orgánico, las especialidades en materia de organización y funcionamiento de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), así como las relativas a su personal, control interno y régimen de transparencia y publicidad.

<sup>1307</sup> CORTES GENERALES. BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. 121/000028 Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 19 de Octubre de 2012. Núm. 28-1. Disponible en:

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?\\_piref73\\_1335527\\_73\\_1335526\\_1335526.next\\_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=28&numDocumento=0](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?_piref73_1335527_73_1335526_1335526.next_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=28&numDocumento=0) [En línea]. (Consultada el 21/10/2012).

realizados por la Comisión en reiteradas oportunidades era la inclusión de dos salas y las direcciones de investigación<sup>1308</sup>.

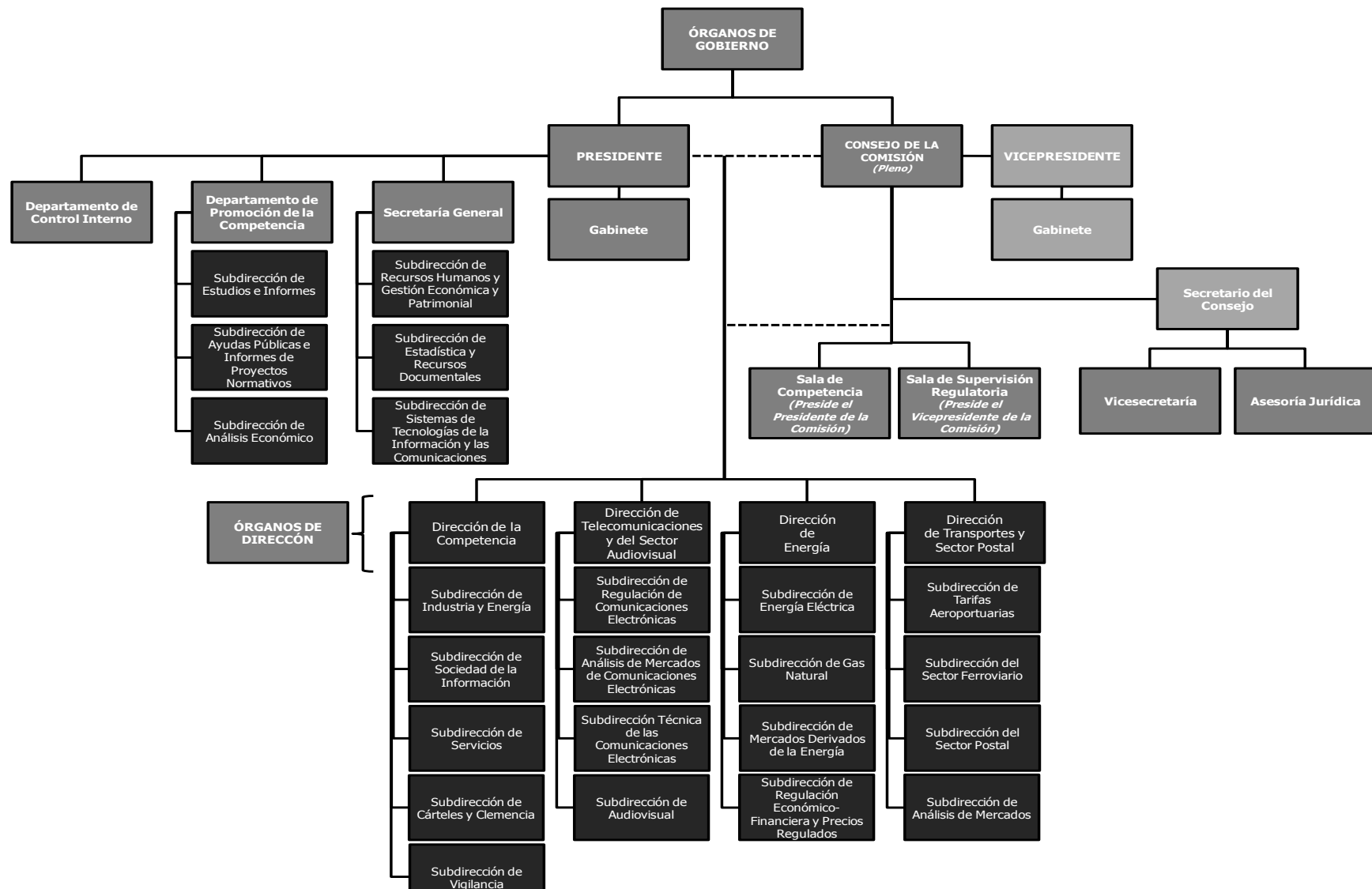
En la siguiente imagen se muestra la Estructura Interna de la Comisión de acuerdo a lo establecido en los artículos 13 al 26<sup>1309</sup> y a lo previsto en el Estatuto Orgánico.

---

<sup>1308</sup> LA RAZON. “*El Gobierno modificará el proyecto de regulador único para adaptarlo a la UE*”. Economía. La Razón. Disponible en: [http://www.larazon.es/detalle\\_normal/noticias/1254821/el-gobierno-modificara-el-proyecto-de-regulado#.UTHIKaIXGJ0](http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/1254821/el-gobierno-modificara-el-proyecto-de-regulado#.UTHIKaIXGJ0) [en línea] (Consultado el 01/03/2013).

<sup>1309</sup> Artículo 13 y ss., de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.





**Cuadro 37 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC: Estructura Interna de la CNMC.**

## 6.1.2. Órganos de Gobierno, Funciones y Funcionamiento

### 6.1.2.1. Consejo (Pleno y Salas)

Los artículos 14, 15, 16 y 18,<sup>1310</sup> indican que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ejercerá sus funciones a través de un Consejo como órgano colegiado conformado por diez miembros (Presidente, Vicepresidente y ocho consejeros)<sup>1311</sup>, constituyéndose en una de las principales novedades, sobre todo por su conformación par, en consideración a que los reguladores y Comisiones cuya órgano de gobierno es colegiado, se integran por un número impar que evita que las decisiones que se adopten se dilaten injustificadamente<sup>1312</sup>, mientras se logran acuerdos entre los integrantes del Consejo.

Todos serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas con reconocido prestigio y competencia profesional<sup>1313</sup>, previa comparecencia de la persona propuesta ante la respectiva Comisión del Congreso de los Diputados; su mandato será de seis años, sin posibilidad de ser reelegido. También se indica que el Consejo se renovará cada dos años, de modo que ningún miembro del Consejo permanezca en su cargo por un tiempo superior a seis años.

Dentro de sus principales funciones las cuales analizaremos posteriormente, se destacan la de ser el órgano encargado de tomar las decisiones en relación a las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de la resolución de conflictos, siempre que estos estén atribuidos a la Comisión.

Es un órgano que cumple diversas tareas y sectores cuyas metodologías en principio son diametralmente opuestas, lo que implica un alto grado de conocimiento en todos los sectores, aspecto que es cuestionable, no solamente por la imposibilidad de que un Consejero, pueda

---

<sup>1310</sup> REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013).

<sup>1311</sup> PASCUAL Y VICENTE, JULIO. “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”. Expansión. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/08/08/opinion/tribunas/1344455211.html?a=59b477b41a298c548e55d6c8f388dfd3&t=1345333479> [en línea]. (Consultado 12/08/2012). Quien afirma que contar con solo nueve consejeros (la propuesta inicial precisaba que el Consejo estaría compuesto por un total de 9 miembros) es un inconveniente para el desarrollo de las funciones encomendadas a la Comisión, afirmando: “Un Pleno de nueve miembros como el previsto en el anteproyecto, habiendo de resolver tan numerosos y variados problemas, generaría unas eternas discusiones entre sus componentes o, dicho en términos técnicos, unos costes de transacción en el seno del mismo tan elevados, que se retrasaría gravemente el proceso de resolución de los expedientes o convertiría al Pleno en una cadena de resolución en serie de expedientes de baja calidad”.

<sup>1312</sup> OGLETHORPE, KATY. *Spain. The painful birth...* Op. cit. Pp. 33. La formula de un Consejo par y de la formula de salas puede derivar en el aumento de los conflictos con las direcciones de instrucción, sumando a la ausencia de conocimientos y al volumen de trabajo pueden menoscabar la calidad de las medidas tanto de la orbita regulatoria, como de competencia.

<sup>1313</sup> La forma designación es similar a la prevista en el artículo 12 en la LES.

conocer con total destreza las particularidades, pongamos, del sector de la electricidad, o del sector ferroviario y los instrumentos propios del Derecho de la Competencia. El criterio para su designación sería la especialidad y conocimientos y no el carácter partidista y afin al Gobierno que le nombra en la Comisión.

La especialidad de la Comisión conforme a su estructura, se encontrará realmente en las cuatro Direcciones, las cuales se encargarán de aportar los conocimientos y la pericia para resolver los asuntos que serán conocidos por parte de la CNMC; ello deriva en otra problemática como son los conflictos que puedan producirse entre los órganos de dirección y el órgano decisor que es el Consejo y como éste puede aparte del conocimiento técnico y adoptar una resolución diferente a la proyecta en su momento por la dirección de instrucción<sup>1314</sup>.

Ciertas atribuciones del Consejo son indelegables, tales como la aprobación del anteproyecto del Presupuesto, la aprobación de su Memoria anual, sus planes anuales o los planes plurianuales. Tampoco pueden delegarse las funciones de arbitraje y la potestad de dictar Circulares y Comunicaciones de carácter general dictadas para los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión atendiendo a cada caso en concreto.<sup>1315</sup>

---

<sup>1314</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional...* Op. cit. Pp. 93.

<sup>1315</sup> Ahora bien, en cuanto a las facultades asignadas al Consejo, se establece un listado amplio de las mismas; en su mayoría corresponden a las atribuciones que le habían sido asignadas a la Comisión Nacional de Competencia, como se indica en los literales a, b, c, d, e, f, i y y las dedicadas a la adopción de Circulares previstas en la Ley, instrucción de los Expedientes, la elaboración en su caso, de su reglamento de régimen interior, en que se establecerá su funcionamiento administrativo y la organización de sus servicios; la aprobación del anteproyecto de Presupuesto del organismo, la elaboración de la memoria anual, el nombramiento y cese del secretario, a propuesta del Presidente del Consejo.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (BOE nº 159 de 4/7/2007) **Artículo 34. Funciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.**

*El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas y de promoción de la competencia prevista en la presente Ley. En particular, es el órgano competente para:*

1. *A propuesta de la Dirección de Investigación:*
  - a. ***Resolver y dictaminar en los asuntos que la Comisión Nacional de la Competencia tiene atribuidos por esta Ley y, en particular, en los previstos en los artículos 24 a 26 de esta Ley.***
  - b. *Resolver los procedimientos sancionadores previstos en esta Ley y sus normas de desarrollo.*
  - c. ***Solicitar o acordar el envío de expedientes de control de concentraciones que entren en el ámbito de aplicación de la presente Ley a la Comisión Europea según lo previsto en los artículos 9 y 22 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas.***
  - d. ***Acordar el levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración económica de conformidad con el artículo 9.6 de la presente Ley.***
  - e. *Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones.*
2. *Adoptar las comunicaciones previstas en la disposición adicional tercera y las declaraciones de inaplicabilidad previstas en el artículo 6.*
3. *Interesar la instrucción de expedientes por la Dirección de Investigación.*
4. *Acordar la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 12.3 de esta Ley.*

### a. Nombramiento

El artículo 15 de la Ley consagra la forma de nombramiento y designación de los miembros del Consejo, todos los miembros del Consejo incluyendo al Presidente y Vicepresidente, serán nombrados por parte del Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de prestigio y competencia profesional en ámbito de actuación de la Comisión; lo que implicará que se tendrá que postular a personas que conozcan sobre los asuntos que eran de conocimiento de las ocho Comisiones que se fusionan en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa comparecencia de la persona ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados<sup>1316</sup>. Esta misión parece muy difícil de llevar a la práctica.

El mecanismo para la designación de los miembros de la Comisión, es similar por no decir idéntico al modelo actual consagrado en el artículo 13 de la LES<sup>1317</sup>, donde se señala que antes de la designación ya sea como Presidente o Consejo, debe darse la comparecencia previa del Ministro y de las personas propuestas ante el Congreso de los Diputados, con el fin de que se puedan evaluar sus capacidades, conocimientos y los planes de acción propuesto por el futuro Presidente; este último aspecto no fue incluido en la Ley, pero se hace indispensable para determinar los conocimientos de la persona que será designada en el cargo, y siendo lo importante que puede llegar hacer contar con un plan de trabajo que orientará toda su actuación a lo largo del mandato.

- 
5. *Elaborar, en su caso, su reglamento de régimen interior, en el cual se establecerá su funcionamiento administrativo y la organización de sus servicios.*
  6. ***Resolver sobre las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones por el Presidente y Consejeros.***
  7. ***Nombrar y acordar el cese del Secretario, a propuesta del Presidente del Consejo.***
  8. *Aprobar el presupuesto del organismo.*
  9. ***Elaborar la memoria anual del organismo así como los planes anuales o plurianuales de actuación en los que se definan objetivos y prioridades.***

<sup>1316</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Regulación...* Pp. 363 y 364. “El poder del Gobierno para nombrar a los cargos de los organismos reguladores independientes está limitado por la exigencia de que sólo podrán ser nombrados aquellas personas de <<reconocida>> cualificación profesional en los asuntos relacionados con las funciones del organismo. Aunque puede suceder que sólo se exija reconocida competencia técnica y profesionalidad pero sin especificarse el ámbito de competencia...”.

<sup>1317</sup> LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Artículo 13. Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo.

1. El Presidente y los Consejeros serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos. La comparecencia del Presidente, además, se extenderá a su proyecto de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado.

2. El mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección como miembro del Consejo. La renovación de los Consejeros se hará parcialmente para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo.

La modificación al régimen de nombramiento, viene dada por el veto que podrá emitir los miembros de la Comisión Permanente del Congreso de los Diputados, por acuerdo adoptado por la mayoría el nombramiento del candidato dentro del mes siguiente a la comunicación que sea remitida por parte del Gobierno. Si no existe pronunciamiento algunos por parte del Congreso de los Diputados, se entiende que han sido aceptados los nombres de las personas postuladas. Su mandato será de seis años sin posibilidad de renovación, que no corresponde al periodo de la legislatura y del Gobierno, lo cual se constituye como la garantía para que la CNMC pueda desarrollar su proyecto y estrategias conforme al objeto de la entidad<sup>1318</sup> y un mecanismo de renovaciones parciales.

La formula incorporada es una copia del mecanismo previsto en la Ley 33/2007, art. 4 del Consejo de Seguridad Nuclear si bien no se siguió en las Leyes de creación de las Comisiones Reguladoras, ni en la Ley de Economía Sostenible, pese a que su preocupación no sólo era contar con un régimen uniforme para los Organismos Reguladores, sino reforzar la independencia de estos.

Sobre este artículo es necesario hacer algunas observaciones y comentarios, sobre la forma de designación y la cláusula que indica los consejeros serán designados entre personas de alto prestigio y competencia profesional.

Atendiendo a los temas objeto de conocimiento por parte de los Órganos de Gobierno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de su especialidad técnica, se hace indispensable que las personas que ostenten el cargo de Consejero serán economistas o abogados especialistas en asuntos regulatorios, como indicó GARCIA-VALDECASAS<sup>1319</sup>, lo cual garantiza la calidad de las decisiones que se adopten en el seno de la Comisión. Esa fórmula existía anteriormente en la Ley 15 de 2007 antes de la unificación de criterios previstos en la Ley 2/2011, en su CAPÍTULO II titulado “De los órganos de dirección de la Comisión Nacional de Competencia”. En dicho artículo se precisaba que para ser designado como Presidente o como Consejero debería ostentar la calidad de entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio; principalmente se orientaba el perfil a personas conocedoras de las materias o asuntos objeto de conocimiento por parte de la Comisión.

De ahí que sus decisiones fueran bastante independientes de cualquier injerencia política o de los agentes del sector y estaba solamente orientada a un análisis detallado y pormenorizado de la normas atendiendo a que las decisiones que se adoptaban respondían a un análisis de la

---

<sup>1318</sup> La duración de un mandato superior al del Parlamento, se constituye como un mecanismo mediante el cual las Comisiones en un principio como la actual Comisión se desvinculan de las mayorías parlamentarias que soportan al Gobierno, pero tampoco implica que cuando se produzcan nuevas elecciones, pueda gestarse un cambio de igual magnitud como sucedió con la creación de la CNMC y afectar el modelo ya creado con la esta nueva Comisión.

<sup>1319</sup> GARCIA-VALDECASAS, RAFAEL. Sesión Magistral: La importancia de la arquitectura institucional en la aplicación efectiva de las normas. Ponencia presentada en el 50 ANIVERSARIO DE NORMATIVA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA. Madrid, 27 de junio de 2013.

interpretación de la norma, su transgresión y su consecuencia jurídica, realizada con los diferentes instrumentos provenientes del análisis económicos del derecho. Otro aspecto que recuerda este autor, es que la introducción del poder de veto por parte del Congreso, refuerza la legitimidad de los órganos independientes; pero se debe tener presente que dicho veto no puede traducirse en que el Parlamento vaya a controlar a la Comisión: el único control posible será el de los jueces<sup>1320</sup>.

La redacción aprobada nos permite concluir que el control es resueltamente político, que no existe criba previa para su fiscalización, ya que depende solamente de la voluntad política, la cual conocemos bien lo que da de sí, especialmente en lo que hace al supuesto reconocido prestigio.

Se perdió una oportunidad, para aumentar aún más los controles por parte del Legislativo en la designación de los integrantes de los Órganos de Gobierno de la CNMC, tal como había indicado en su momento GAROUPA<sup>1321</sup>, en su análisis sobre el Capítulo dedicado a los Organismos Reguladores en la Ley de Economía Sostenible, donde vino a precisar la necesidad de que el Parlamento viniera a cumplir un papel fundamental en la designación, indicando que debería utilizarse la formula prevista por parte del Derecho Norteamericano, al que hicimos referencia en el segundo capítulo, donde el Congreso en Pleno y no una subcomisión verifique y confirme los nombramientos, siendo un modelo más transparente y adecuado de cara no solo a la opinión pública sino para los sectores reguladores “ *un sistema de nombramiento por el Gobierno sujeto a la confirmación por el Congreso de los Diputados (similar al norteamericano) sería mucho más adecuado y transparente. Limitaría mucho más*

---

<sup>1320</sup> Ibidem. Vid, asimismo, COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx> [en línea] (Consultado 28/06/2013). Donde se precisa la necesidad de contar con unidades especializadas de apoyo, las cuales permitirían dan continuidad a las tareas encomendadas tanto al Pleno del Consejo como a cada una de las Salas, atendiendo a que no fue modificado el aspecto correspondiente al sistema de rotación de los consejos, de allí que es necesario la creación de unidades con personal altamente especializado en materias económicas, jurídicas y de ingeniería que les permitirán resolver los diversos asuntos. Sobre el particular en dicho informe la Comisión afirmó:

*“Se ha señalado que uno de los criterios básicos que deben guiar la promulgación de este Estatuto es promover el funcionamiento eficaz del futuro organismo y, en particular, el del Consejo llamado a ejercer funciones de enorme trascendencia para promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. Muchas de tales funciones exigen un grado de especialización técnica notable, en ámbitos tan dispares como la economía, el derecho o la ingeniería, y en sectores tan diversos como los referidos en los artículos 5 a 12 de la Ley 3/2013. Bajo tal prisma es incuestionable que el Consejo precisa de una unidad o división de asistencia con un alto grado de especialización técnica para poder conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos para las que resulta competente. A su vez, el funcionamiento del Consejo en Pleno y en Salas, junto con el sistema previsto de rotación entre Salas, debe necesariamente compensarse con una unidad estable, que dote de continuidad la actividad del Consejo”.*

<sup>1321</sup> GAUROPA. NUNO. “Organismo Reguladores”. En VVAA: *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas*. University of Illinois & Fedea, 2010. Disponible en: [www.fedea.net/reformasestructurales/PDF/Organismos\\_reguladores.pdf](http://www.fedea.net/reformasestructurales/PDF/Organismos_reguladores.pdf) [En línea]. (Consultado 10/12/2013).

*la influencia del Gobierno, reduciría el sentimiento de tutela del Ministerio competente y reforzaría un control difuso de los organismos reguladores”.*

De allí que sea vital la valoración que se realice por parte del Congreso en su comparecencia donde se determinará si efectivamente cuenta con las calidades tanto personales como profesionales para el ejercicio del cargo y se podrá comprobar si el poder de veto incorporado en el trámite legislativo cumple su finalidad, la cual es la de designar a personas de altísimo nivel encargadas de tomar las riendas no solo de un nuevo regulador, sino de una nueva forma de concebir la regulación *ex ante* y *post* integradas en un solo organismo<sup>1322</sup>. Pero sin índices ni comprobaciones técnicas e independientes, necesariamente el resultado, aquí y siempre, es la elemental y lamentable politización.

Otro aspecto que vale la pena cuestionar, es porqué se ha disminuido el número de años en el cargo, de los Consejeros. Inicialmente las regulaciones sobre esta materia indicaban que un Consejo podía desempeñar sus funciones por un período de nueve años, pero en las reformas posteriores se ha reducido el número de años a seis años. Quizás un período superior traería consigo un aumento de la independencia y la continuidad de los planes de actuación diseñados por parte de la entidad<sup>1323</sup>, pero debe entenderse que la reducción del período se realizó conforme a los criterios previstos en las Directivas Comunitarias formuladas en el año 2009, en materia de energía y telecomunicaciones, donde se indicó que el período podría oscilar entre cinco a siete años.

Hay que tomar nota de la CRESAP portuguesa, donde el nombramiento exige un control previo de carácter técnico realizado por un órgano independiente de expertos nombrados por un período amplio de tiempo (cuatro años) quienes harán doce preguntas públicas sobre el desempeño e independencia de los candidatos. Preguntas y respuestas que se publican transparentemente en la red, de forma que quien no sepa responderlas o lo haga de manera cuestionable, acabará siendo objeto de análisis en los medios especializados, en los medios de

---

<sup>1322</sup> SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. *“Adiós a la Comisión Nacional de Competencia”*. El Imparcial. Disponible en: <http://www.elimparcial.es/economia/adios-a-la-comision-nacional-de-competencia-125006.html> (Consultado 02/07/2013). *“...En este punto, y como juicio mío, indico que la clave está en hacer público los curriculums, para que se sepa bien que quien resulta elegido, no solamente tiene un control democrático sino que lo tiene también meritocrático. Y la meritocracia es el gran defecto de nuestro sistema de partidos, ya que apenas llegan los mejores cuando la designación es puramente política, puesto que se busca fieles a los partidos cuando no fieles personalmente (devotio iberica). Si se logra aunar democracia con mérito y capacidad, se habrá dado en la clave de los nombramientos y para eso hay que hacerlos públicos en la red, porque si se elige a una persona que no tiene conocimientos de derecho o economía de la competencia, el resultado será necesariamente nefasto, pero si se elige a alguien que por el contrario sí los tenga, el resultado será altamente positivo.”*

<sup>1323</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Regulación....* Op. cit. Pp. 364. *“La duración del nombramiento es normalmente de seis años y puede ser excepcionalmente reducida a cuatro. La duración usual excede a la del mandato de los miembros de las Cámaras parlamentarias. Se pretende garantizar que el nombramiento y el desempeño del cargo están al margen del debate político-electoral. Además, la duración del nombramiento sólo puede extenderse, como máximo, a otro período de igual duración. La renovación sólo es posible una sola vez: en el caso del BdE, la prohibición de la renovación sólo afecta al Gobernador y al Subgobernador del BdE, pero no a los demás miembros”*

comunicación, pudiendo inclusive así acabar su carrera profesional si no es capaz de superar tales pruebas públicas.<sup>1324</sup>

El modelo previsto para las designaciones viene a ser complementado por las Disposiciones transitorias primera y segunda, donde se regula el primer mandato de los miembros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el nombramiento del primer Presidente y Vicepresidente de la Comisión y el período por el cual será designado.

En la primera sesión del Consejo, ya sea de forma voluntaria o mediante sorteo, tres consejeros cesarán en el cargo transcurridos dos años desde su nombramiento y tres que cesarán en su cargo transcurridos cuatro años. Si bien el artículo 15 de la citada Ley, indica que los miembros del Consejo no podrán ser reelegidos, en la Disposición adicional primera, en su apartado establece una excepción, en el sentido de que los miembros que cesen en transcurso de los dos años, dentro de la renovación parcial, podrán ser reelegidos para un nuevo mandato de seis años.

Asimismo, en la Disposición transitoria segunda, precisa que el Presidente y el Vicepresidente, tendrán un mandato de seis años; por lo tanto lo previsto en la Disposición transitoria primera no es aplicable, respecto a las renovaciones parciales del Consejo.

En el ámbito de las competencias del Presidente, se cuenta con un listado taxativo de las mismas, donde se encuentra las de representar institucionalmente a la Comisión, de mantener el buen orden y gobierno de la organización de la Comisión, el de dirigir la ejecución del presupuesto, la de efectuar la rendición de cuentas de la Comisión, dirigir, coordinar, evaluar y supervisar las distintas unidades de la Comisión sin perjuicio de las funciones del Consejo.

El primer Anteproyecto consagraba la figura del Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados Competencia; posteriormente fue eliminado y fue reincorporada en el proyecto remitido a las Cortes y que fue aprobado. El Vicepresidente será elegido bajo el mismo procedimiento previsto para el nombramiento del Presidente, el cual ejercerá las funciones a cargo del Presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal; en el Proyecto se hace referencia muy sucinta en los artículos 18 y 19 de texto pero sin precisar funciones. Pero bajo las nuevas modificaciones incorporadas en la tramitación legislativa producto de los requerimientos presentados al Proyecto de Ley por parte de la Comisión Europea se entiende que la figura cobra más importancia en el sentido de que no solo reemplazará al Presidente en determinados eventos, sino que presidirá la sección de reguladores sectoriales; de allí que para su designación será muy importante que éste cuenta con conocimientos generales en regulación atendiendo que serán de su conocimiento las funciones que se prevén en la Ley en materia de Supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas (artículo 6; Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural (artículo7); Supervisión y control del

---

<sup>1324</sup> SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO Y BILHIM SANTOS PEREIRA, JOÃO. “*La racionalidad política...* Op. cit. Pp. 40 y ss.



mercado postal (artículo 8); Supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual (artículo 9); Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias (artículo 10) y Supervisión y control en el sector ferroviario (artículo 11).

En lo que corresponde a las dos secciones es necesario precisar que la Sala de Competencia debe informar de los asuntos de supervisión regulatoria que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados y la Sala de Supervisión Regulatoria informará de procedimientos de defensa de la competencia relacionados con los sectores regulados, tanto en operaciones de concentración en segunda fase como en expedientes sancionadores por conductas restrictivas a la competencia, ambas compuestas por 5 miembros, que rotaran con el fin de evitar la captura del regulador .

El Estatuto Orgánico en su Disposición adicional Primera establece el sistema de retribuciones; la Ley, solo establecía el sistema de indemnizaciones una vez el Presidente, Vicepresidente y Consejeros y personal directivo cesen en su cargo. Lo que viene a determinar es que su retribución corresponderá a la de un alto cargo de la administración, conforme a lo dispuesto en Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.

Sobre este aspecto, GARCIA-VALDECASAS, ha insistido que uno de los criterios que puede impedir la futura captura del regulador, es la existencia de una retribución adecuada y suficiente para los Consejeros, atendiendo a la importancia de la labor que desempeñan y la transcendencia que tienen sus actuaciones en los sectores regulados. De allí que fuese indispensable contar con una remuneración bastante y semejante o lo más próxima a la prevista en el sector empresarial. Aspecto que viene a ser respaldado por el informe presentado por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, en el sentido, de que al fijar como máxima retribución de los Órganos de Gobierno y Dirección retribuciones con equivalencia a determinados cargos de la Administración General del Estado, implica que personas con el perfil y conocimientos especializados para el desempeño de las funciones no sean tenidas en cuenta y designen personas, quizás con un alto nivel político o institucional, pero sin el conocimiento suficiente ni en materias de regulación y de supervisión de los mercados ni en la complejidad del entramado normativo en materia de competencia o en materia de regulación sectorial, Y ello redundará en el éxito de la labor desempeñada por parte del Nuevo Organismo. La tendencia de ahorrar coste no puede implicar un detrimento respecto a las funciones y fines propios de la entidad.

Por consiguiente, se hace indispensable que la Comisión cuente con un Consejo no seleccionado por la afinidad política al Gobierno de turno, sino que seleccione a personas con conocimientos específicos en materia de competencia y de regulación, lo cual permite garantizar que las decisiones que se adopten sean de calidad y un juicio crítico y razonable de las medidas que se adopten y en la valoración del interés general respecto de los intereses

particulares<sup>1325</sup>, la ausencia de conocimientos, hace factible la captura por parte del Gobierno como de los agentes, y tarea de aprender y comprender a los sectores regulados como el propio Derecho de la Competencia, se ve menoscabada por el sistema de rotación entre las salas, lo cual índice en que los conceptos adquiridos no puedan afianzarse y donde la experiencia acumulada se pierde fácilmente<sup>1326</sup>.

#### **b. Incompatibilidades y causas de cese en el cargo**

Los Artículos 22 y 23 de la Ley, denominados Funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo y Causas de Cese en el ejercicio del cargo, conforme a lo previsto en el artículo 6 apartado 3 del Estatuto Orgánico<sup>1327</sup>, reproducen de manera similar las disposiciones consagradas en los artículos 15 y 16 en la LES<sup>1328</sup>, pero viene a precisar los siguientes aspectos respecto a los miembros del Consejo:

1. Los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, son considerados como Altos miembros de la Administración General del Estado<sup>13291330</sup>.
2. Los miembros del Consejo no podrán asumir funciones ejecutivas o de dirección de las áreas de concretas de la Comisión.

---

<sup>1325</sup> CABRALES, ANTONIO, LLOBET CODINA, GERARD Y GANUZA FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ. “Superregulador: ¿expertos independientes?”. Oponion. El País. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2013/09/11/opinion/1378893667\\_253607.html](http://elpais.com/elpais/2013/09/11/opinion/1378893667_253607.html). [En línea] (Consultado 13/10/2013).

<sup>1326</sup> OGLETHORPE, KATY. *Spain. The painful ...* Op. cit. Pp. 32.

<sup>1327</sup> Sección 1.ª Del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Artículo 6. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

1. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, el Consejo es órgano de gobierno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

2. Los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, incluidos el Presidente y el Vicepresidente, serán nombrados y cesados de acuerdo con lo establecido en los artículos 15 y 23 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

3. En su condición de altos cargos de la Administración General del Estado, ejercerán su función con dedicación exclusiva y estarán sometidos al régimen de incompatibilidades de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

<sup>1328</sup> Artículo 15. Funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo. Artículo 16. Causas de cese en el cargo. Ley de Economía Sostenible.

<sup>1329</sup> LEY 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. (BOE núm. 86 de 11 de Abril de 2006).

Régimen de incompatibilidades

Artículo 5 Dedicación exclusiva al cargo público

*Los altos cargos comprendidos en el artículo 3 ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las excepciones señaladas en los artículos 9 y 10.*

<sup>1330</sup> Anterior artículo 15 apartado 3 de la Ley de Economía Sostenible.

3. Estarán sometidos al régimen de incompatibilidades establecido para Altos Cargos de la Administración General del Estado<sup>1331</sup>.

En cuanto a las incompatibilidades, se prevé que durante los dos años posteriores al cese, ni el Presidente, ni el Vicepresidente, ni los demás consejeros podrán ejercer ningún tipo de actividad profesional relacionada con los sectores regulados y la actividad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Atendiendo a esta limitación, se consagra el mismo sistema de compensación económica previsto en la Ley de Economía Sostenible<sup>1332</sup>; precisándose que no habrá lugar a ningún tipo de compensación en los supuestos de que estos Altos Funcionarios de la Comisión desempeñen actividades de carácter remunerado sea bien el sector privado o el sector público.

El artículo 23, fijalas causas de cese en el ejercicio del cargo, como una de las formas para garantizar su independencia respecto del Gobierno<sup>1333</sup>.

En su primer apartado establece seis motivos tasados para el cese del cargo, que corresponde a las causas tradicionales consagradas en las diversas de creación de Organismos Reguladores; en este caso particular como habíamos anunciado, reproduce las causales previstas en el artículo 16 de la Ley de Economía Sostenible, que incorporó significativos cambios respecto a los motivos de cese de los miembros de los Organismos Reguladores como una forma de garantizar la independencia orgánica tanto del Presidente como de los Consejeros respecto del Gobierno<sup>1334</sup>, dichos motivos son:

- a) Por renuncia aceptada por el Gobierno.
- b) Por expiración del término de su mandato.

---

<sup>1331</sup> LEY 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. (BOE núm. 86 de 11 de Abril de 2006).

<sup>1332</sup> Artículo 15. Apartado 4. Durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con el sector regulado, tanto en empresas del sector como para empresas del sector, en el caso de los Organismos Reguladores. En el caso de la Comisión Nacional de la Competencia, al cesar en su cargo, y durante dos años posteriores, el Presidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad alguna relacionada con la actividad de la Comisión. En virtud de esta limitación, el Presidente y los Consejeros de los Organismos al cesar en su cargo por renuncia, expiración del término de su mandato o incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, tendrá derecho a percibir, a partir del mes siguiente en aquel en que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado el cargo, con límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del 80 por 100 del total de retribuciones asignadas al cargo respectivo en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado.

<sup>1333</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Regulación...* Pp. 364. “Una de las garantías de la independencia se refiere a la limitación del poder del Gobierno de remover o cesar a los presidentes y consejeros de estos organismos. El Gobierno no ha sido desposeído de este poder para acordar el cese anticipado pero no es un poder discrecional, sino sometido a las causas establecidas en la ley. Esto significa que, además de los supuestos de terminación que depende de la voluntad del propio consejero del organismo, el Gobierno sólo podrá acordar el cese en dos supuestos fundamentales: incapacidad y grave incumplimiento de sus obligaciones. Estas causas deberán quedar acreditadas en el expediente tramitado por el Ministerio competente. Además los Tribunales contencioso-administrativo podrán revisar la realidad y consistencia de las causas alegadas a efectos de determinar el respeto de las exigencias legales.”.

<sup>1334</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. “La nueva Comisión Nacional... Op. cit. Pp. 46 y ss.

- c) Por incompatibilidad sobrevenida.
- d) Por haber sido condenado por delito doloso.
- e) Por incapacidad permanente.
- f) Mediante separación acordada por incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva. La separación será acordada por el Gobierno, con independencia del régimen sancionador que en su caso pudiera corresponder, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

El citado artículo específico, como serán los mecanismos para la sustitución de un consejero en caso de cese:

1. Si se produce el cese dentro de los cuatro años posteriores al nombramiento, se procederá a designar a un nuevo Consejero por el período que faltante al consejero cesante.
2. Si el cese se produce dentro posterior a los cuatro años desde el nombramiento, se procederá a designar a un nuevo Consejero por el período de seis años.

En el último apartado se indica que los Consejeros que concurren en los supuestos a) y b), continuarán ejerciendo su cargo, hasta que no se publique en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto donde se indique su cese.

Estos dos artículos recogen los criterios que fueron establecidos en el considerando 13 de la Directiva 2009/140/CE y en su artículo 3<sup>1335</sup> (la particularidad de esta Directiva - la Directiva Modelo-, atendiendo a que incorpora Principios de Buena Regulación no sólo aplicables para las Comunicaciones Electrónicas, sino para los otros sectores regulados) y la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado<sup>1336</sup>.

---

<sup>1335</sup> 3). El artículo 3 se modifica como sigue:

b) se inserta los siguientes apartados:

*“...Los Estados miembros velarán por que el responsable de la autoridad nacional de reglamentación o, cuando proceda, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función en el seno de la autoridad nacional de reglamentación a la que se refiere el párrafo primero o sus sustitutos solo puedan ser cesados en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, que hayan sido establecidas de antemano en el Derecho nacional. La decisión de cesar al responsable de la autoridad nacional de reglamentación de que se trate o, si procede, a los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función se hará pública en el momento del cese. El responsable de la autoridad nacional de reglamentación que haya sido cesado o, si procede, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función recibirán una exposición de los motivos de la decisión y tendrá derecho a solicitar que sea publicada, cuando no lo haya sido, en cuyo caso deberá atenderse su solicitud.”*

<sup>1336</sup> TÍTULO PRELIMINAR

Objeto y ámbito de aplicación

Artículo 1 Objeto y ámbito de aplicación

Por esta ley se regulan los requisitos previos para el nombramiento de los titulares de determinados órganos y para el nombramiento de los altos cargos en determinados organismos reguladores y de supervisión, así como las medidas básicas para evitar situaciones de conflicto de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal.

En ellos se indican que para evitar la influencia de agentes externos a los Reguladores se deben establecer una serie de criterios donde se especifiquen los motivos por los cuales los Consejeros cesan en su cargo y que se recogen en el texto aprobado de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con el fin de garantizar que las decisiones que se adopten serán de carácter neutral y ajenas a presiones externas, siendo uno de los aspectos más destacados en el Informe del Ministerio, atendiendo a que la estructura y nuevo modelo regulatorio impedirá que los Agentes puedan interferir en la decisiones que se adopten y privilegiando la posición con la que cuenta en el mercado.

Sobre este artículo 22 número 4 de l Ley, vale hacer las mismas apreciaciones y valoraciones que sobre el particular fueron realizadas sobre este aspecto en la Ley de Economía Sostenible. Se trata de evitar la captura del regulador; de allí que se precise que tanto el Presidente y los Consejeros no puedan ejercer ningún tipo de actividad profesional privada alguna relacionada con los sectores regulados. La finalidad de esta incompatibilidad es que durante el ejercicio de los cargos los Consejeros elaboren una regulación en pro del sector y de la colectividad en general y no favor de sus intereses particulares<sup>1337</sup>. Si dos años es o no tiempo suficiente, queda sujeto a discusión. Sería necesario hacer un seguimiento práctico que fijara con datos la colocación que ha podido hacerse de ex Altos Cargos en empresas directa o indirectamente relacionadas con el sector concreto sobre el que tomaron decisiones; observar el momento en que se “recolocaron” – si fue o no inmediatamente seguido a los dos años indicados –, en fin, realizar un análisis empírico sobre el cual luego extraer las pertinentes conclusiones con alguna base real, con fundamento plausible y datos explicables. Lo demás es simplemente una intuición dejada al azar.

La finalidad de ambas disposiciones es que las personas que son designadas para el ejercicio de las funciones establecidas en la Ley de creación y sus respectivas modificaciones, es garantizar que su nombramiento, cese en sus funciones o remoción del cargo no puede darse de manera discrecional por parte del Gobierno<sup>1338</sup>, sino que responde a un criterio taxativo, lo cual asegura

---

<sup>1337</sup> BOEHN, FRÉDÉRIC. “CORRUPCIÓN Y CAPTURA EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS”. En VVAA: REVISTA DE ECONOMÍA INSTITUCIONAL, VOL. 7, N. ° 13, SEGUNDO SEMESTRE/2005, “La captura tiene efectos negativos sobre cada uno de estos objetivos. Primero, la captura significa que las reglas de la regulación se distorsionan a favor de la empresa a expensas de los usuarios o de la sociedad: no se garantiza la eficiencia. Segundo, no se logra la eficiencia productiva, porque la corrupción y las actividades de lobby tienen costos que se incluyen en el precio y elevan el costo marginal<sup>15</sup>. El mecanismo de la competencia no funciona, y en las presas del sector no son automáticamente las más eficientes, sino las que tienen mejores conexiones o mejor savoir faire en el arte de la búsqueda de rentas. Tercero, la economía pierde recursos, puesto que la adaptación y utilización de los mecanismos para prevenir la corrupción y la captura también cuestan, y absorben recursos que dejan de estar disponibles para fines redistributivos.”

<sup>1338</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ-EUGENIO. “Las Securites And Exchange Commission. Op. cit. Pp. 773. Las agencias, a diferencia de los Departamentos Ministeriales (permítasenos usar nuestras propias categorías), se caracterizan por su complejo específicamente técnico y por su independencia y neutralidad, esto es, por encontrarse alejadas del principio de jerarquía. Y así, son inamovibles sus miembros, una sean designados por la Presidencia, y no rinden cuentas de su actuación ante el poder ejecutivo. Sólo quedan sujetas al control de los Tribunales y, en alguna medida, a modificaciones legislativas en caso de abuso de poderes, Y ante éstos, en el ejercicio de su actuación gozan de una presunción de imparcialidad que es verdaderamente

que las personas que desempeñan estos cargos responden a un perfil cualificado y que es un elemento que garantiza su independencia y neutralidad para la toma de decisiones las cuales tienen repercusión directa en los sectores que regulan, a lo cual se le ha denominado por la doctrina la Independencia Personal<sup>1339</sup>. Por lo tanto, surge la necesidad como lo señaló GARCIA-VALDECASAS<sup>1340</sup>, que la selección que se realice por parte del Ministro de Economía, responda a funcionarios de altísima calidad, con una remuneración adecuada durante su mandato y posterior a la finalización del mismo con el fin de evitar conflictos de interés.

Respecto a la causa f) “*Separación acordada por el Gobierno de cese en el ejercicio del cargo*”, vale traer a colación las reflexiones que sobre este aspecto se hicieron sobre este punto por SORIANO y MARTINEZ<sup>1341</sup>, en atención a que los supuestos ahí establecidos, aluden a incumplimientos graves previstos en el régimen sancionador. Se debería entender que el ejercicio de esta causa solamente podría ser utilizada en casos extremos y no como una atribución con la que cuenta el Gobierno para retirar a los Consejeros que no están cumpliendo, según si criterio, las funciones que les fueron encomendadas<sup>1342</sup>.

Sin dudarlo, el régimen de cese de los Consejeros no incorporara significativos cambios, por la reproducción textual de lo previsto en la Ley de Economía Sostenible, particularmente, en lo que corresponde a la causal f, que permite que el cese se dé por parte del Gobierno<sup>1343</sup>, lo cual no garantiza la independencia del regulador que desde el preámbulo de la Ley se enuncia como uno de los principales objetivos de la fusión, que es garantizar la independencia del regulador. Hhubiera sido pertinente, que hubiera revisado los otros sistemas de cese previstos en el ordenamiento español, por ejemplo, el modelo que fue incorporado en el Consejo de Seguridad Nuclear, que estableció un sistema de Cese tasado, previsto en la LEY 33/2007, de 7 de

---

*difícil de contradecir. De hecho, el proceso de revisión de tales actos tiene mucho de carácter revisor de los actos administrativos”.*

<sup>1339</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. Regulación: Óp. cit. Pp.360 y ss.

<sup>1340</sup> GARCIA-VALDECASAS, RAFAEL. Sesión Magistral: La importancia de la arquitectura institucional en la aplicación efectiva de las normas. Ponencia presentada en el 50 ANIVERSARIO DE NORMATIVA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA. Madrid, 27 de junio de 2013.

<sup>1341</sup> SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARTA GISELA. “*Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía... Óp. cit. Pp.18. “El incumplimiento grave de los deberes, incompatibilidades, conflictos de interés y reserva son, con toda precisión y exactitud, causas claras de expediente sancionador. Y no se puede obviar con una simple sanción de plano. Con lo cual, este precepto parece establecer un iterinutiles porque si pretenden apartar a un Consejero sin expediente sancionador, lo que tiene garantizado el Gobierno es, sin más, un conflicto ante los Tribunales de Justicia”.*

<sup>1342</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. “*A propósito de la reforma de los organismos reguladores*”. Expansión. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/04/23/opinion/tribunas/1335217244.html> [En línea]. (Consultado 10/05/2012), quien expone algunas ventajas y desventajas en cuanto al nombramiento de los Consejeros, pero los inconvenientes que se plantean por las razones para el cese en el cargo “3. Por último, en cuanto a la cuestión de la mayor independencia del nuevo Regulador, entendemos que si bien la propuesta del nuevo sistema de nombramiento de los Consejeros por el Gobierno, sujeto a la confirmación o veto por el Congreso de los Diputados (similar al sistema norteamericano) es mucho más adecuado y transparente que el sistema actual, lo que se avanza en cuanto al nombramiento, se retrocede en cuanto al cese, ya que se mantiene la posible revocación del cargo de Consejero por el Gobierno.”

<sup>1343</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. “*La nueva Comisión Nacional... Op. cit. Pp. 49.*

noviembre, de reforma de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, que en su artículo 5<sup>1344</sup> establece las causales de cese en el cargo, destacándose el de cese por parte del Gobierno, donde se especifica que será el Congreso de los Diputados, cuando se aduzca la existencia de incapacidad para el ejercicio de sus funciones o por dejar de atender con diligencia los deberes del cargo, que fueron los que aprobaron o no, conforme al mismo procedimiento previsto para los nombramientos tanto del Presidente y Consejeros si dicho motivo procede. Ello implica que el Gobierno debe argumentar debidamente las razones por las cuales debe separarse del cargo.

A su vez, se precisa en el citado artículo de la Ley 33/2007, la facultad que se le reconoce al Congreso de los Diputados, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, podrá instar en cualquier momento al Gobierno el cese del Presidente y Consejeros. Si bien no se especifica las razones por las cuales se puede solicitar el cese en sede Parlamentaria, se puede inferir que una vez se presenten los informes sobre la actividad desarrollada por el Consejo y conforme a los planes de actuación previstos para la Comisión, daría lugar a que se evaluara dichos resultados y solicitara conforme a los datos obtenidos el cese o bien del Presidente o de los Consejeros.

También se prevén reglas específicas cuando el Presidente y los Consejeros, cesen en el cargo por la finalización de su período, indicándose que estos permanecerán en el cargo hasta que hayan tomado posesión quienes hubieran de sucederles. Para tal efecto, será el propio Congreso de los Diputados, a través la Comisión correspondiente, el encargado de confirmar la prórroga, teniendo como límite que ésta no podrá superar los seis meses. Lo cual limita considerablemente el margen de actuación Gobierno para cesar el cargo los miembros del Consejo de la Comisión, así como el papel preponderante que asume el Congreso de los Diputados, garantizándose como afirma NAVARRO RODRIGUEZ<sup>1345</sup> *un procedimiento contradictorio y con las suficientes garantías y con arreglo al mismo trámite establecido para el nombramiento de los mismos, esto es, previa comunicación al Congreso, con la posibilidad*

---

<sup>1344</sup> LEY 33/2007. Artículo 5. Se modifica el apartado 1 del artículo 7 de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, quedando redactado como sigue:

«1. El Presidente y Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear cesarán por las siguientes causas:

- a) Por cumplir setenta años.
- b) Por finalizar el período para el que fueron designados.
- c) A petición propia.
- d) Por estar comprendidos en alguna de las incompatibilidades establecidas en esta Ley.
- e) Por decisión del Gobierno mediante el mismo trámite establecido para el nombramiento cuando se les considere incapacitados para el ejercicio de sus funciones o por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo.

El Congreso de los Diputados, a través de la Comisión competente y por acuerdo de los tres quintos de sus miembros, podrá instar en cualquier momento al Gobierno el cese del Presidente y Consejeros.

Cuando el cese del Presidente y Consejeros tenga lugar por finalizar el período para el que fueron nombrados, los mismos continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieran de sucederles. El Congreso, a través de la Comisión correspondiente, deberá confirmar la prórroga en el caso de que esta supere los seis meses.»

<sup>1345</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. “La nueva Comisión... Op. cit. Pp. 49.

*de que la decisión gubernamental de cese sea vetada por mayoría cualificada de tres quintos, en el plazo de un mes.*

Para concluir este epígrafe, haremos referencia a la incidencia de Ley de Transparencia<sup>1346</sup> en materia de conflictos de interés. La Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado<sup>1347</sup>, establece en su artículo 7 y 8 Artículo 7 el “Deber de inhibición y de abstención” y en su Artículo 8 “Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese”, lo que supone que en los casos que exista conflicto, será notificarlo a la Oficina de Conflictos de Interés a efectos de que esta venga a determinar si efectivamente existe el conflicto y si éste es de tal envergadura que implica no solo imponer las sanciones tipificadas en la mencionada Ley<sup>1348</sup>, sino su apartamiento del cargo. Es necesario para evitar la concreción de estos supuestos la existencia de un Código de Buen Gobierno.<sup>1349</sup>

Se sugiere, según hemos indicado ya, tal como se ha previsto en la legislación portuguesa a través de la creación de una Comisión de carácter independiente denominada Cresap<sup>1350</sup>, cuya misión es reclutar y seleccionar la alta dirección de la Administración Pública, con imparcialidad, rigor e independencia, promover la buena gobernanza y la meritocracia, a través de cuatro principios como lo son la eficiencia, la eficacia, equidad y ética<sup>1351</sup>. Una Comisión de

---

<sup>1346</sup> LEY 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>1347</sup> LEY 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. (BOE Núm. 86 de 11/04/2006).

<sup>1348</sup> Artículo 15 Órgano de gestión

<sup>1349</sup> Disposición final segunda. Modificación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Se modifica la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado.

<sup>1350</sup> Disponible en: <http://www.cresap.pt/cresap/missao.html> [en línea]

<sup>1351</sup> MISSÃO

#### IDENTIFICAMOS E PROMOVEMOS TALENTOS

Somos uma entidade independente. Os membros da CReSAP, no exercício das suas competências, não podem solicitar nem receber instruções do Governo ou de quaisquer outras entidades públicas ou privadas.

A nossa missão é recrutar e seleccionar a direcção superior da Administração Pública, comisenção, rigor e independencia promovendo o bom governo e a meritocracia.

Pela primeira vez, em Portugal, com a publicação da Lei n.º 64/2011, de 22 de dezembro, o poder político assume atribuir a uma entidade independente a condução do processo concursal destinado à selecção da alta direcção da Administração Pública.

A esta nobre missão acresce a competência conferida à CReSAP, nos termos do Decreto-lei n.º 8/2012, de 18 de janeiro, para proceder à avaliação curricular não vinculativa sobre a adequação das competências das entidades propostas para o exercício de cargos de gestor público.

Assim, a nossa missão é:

Recrutar e seleccionar a direcção superior da administração pública, comisenção, rigor e independência, promovendo o bom governo e a meritocracia.

A CReSAP toma parte activa na elaboração, desenvolvimento e execução da política global e setorial para os quadros de direcção superior; cria uma bolsa de talentos com o perfil adequado para titulares de cargos de direcção superior; promove boas práticas e a adoção de princípios orientadores de conduta ética para a alta direcção.

Incentivamos as boas práticas de gestão pública baseadas em 4E: eficiência, eficácia, equidade e ética.



estas condiciones atendiendo a los resultados que ha tenido la CreSAP desde su creación<sup>1352</sup>, no sólo mejoraría el proceso de selección y designación de los miembros de la Comisión de los Mercados y la Competencia al establecer parámetros claros y cuantitativos incluso sobre el evanescente concepto de “personas de reconocido prestigio y competencia”, sino que evitaría la configuración de las incompatibilidades a futuro; de ahí que el personal que se nombrará una vez se superara la comparecencia ante el Congreso de los Diputados, contará con los más altos niveles de calidad para un organismo de tal envergadura e incidencia en todos los sectores de la actividad económica.

El artículo 24 denominado Obligación de informar y garantías para la actuación imparcial, siguiendo la estela de lo establecido en los artículos 19 y concordantes de la Ley de Economía Sostenible, insiste en esta tónica.

*Artículo 24. Obligación de informar y garantías para la actuación imparcial.*

*1. El Presidente, el Vicepresidente, los consejeros, directivos y empleados, o sus representantes, que hayan prestado servicios profesionales en entidades de un mercado o sector en el que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejerce su supervisión, deberán notificar al Consejo cualquier derecho o facultad, cualquiera que sea su denominación, a reserva o recuperación de las relaciones profesionales, a indemnizaciones o a cualesquiera ventajas de contenido patrimonial. En el caso de los miembros del Consejo dicha circunstancia deberá hacerse pública.*

*2. En aplicación de los principios de independencia y objetividad, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia garantizará que sus empleados cuenten en sus actuaciones y en los procedimientos en que intervengan con reglas objetivas, predeterminadas y que delimiten adecuadamente las responsabilidades que les incumben.*

Lo que pretenden es que se tengan conocimiento si los Consejeros o cualquier funcionario integrante de la Comisión ha tenido algún tipo de relación con las entidades que controlan, supervisan o regulan, con el fin de determinar si existe algún tipo de incompatibilidad que afecte el normal desarrollo de las funciones asignadas. Y en lo correspondiente al numeral 2, se entiende como una garantía de que los funcionarios están sometidos a un amplio régimen de responsabilidad que no puede ser desconocido, y que permite que los particulares puedan demandar indemnizaciones por las posibles vulneraciones a los procedimientos o derechos que pueden verse afectados por el ejercicio arbitrario o extralimitado de las funciones por parte de los integrantes de la Comisión.

Para concluir este epígrafe, debemos referir lo previsto en la Disposición adicional tercera, dedicada al Régimen especial de incompatibilidad e indemnización del Presidente, Vicepresidente y Consejeros de los organismos que se extinguen, donde se señala que los Presidentes, Vicepresidentes y consejeros de las Comisiones que se extinguen, no podrán

---

<sup>1352</sup> SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO y BILHIM, JOÃO. “La racionalidad política y técnica ... Op. cit. Pp. 38 y ss.

ejercer actividad profesional alguna dentro del sector regulado, tanto en empresas del sector como para empresas del sector, en el caso de los Organismos Reguladores previstos en la Ley 2/2011. Respecto al Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, se precisa que este tampoco podrá ejercer dentro del plazo de dos años ningún tipo de actividad profesional privada relacionada con las actividades realizadas por parte de la Comisión que se fusiona.

En lo que respecta a la indemnización, se precisa que tanto el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros los organismos que se extinguen, al cesar en su cargo, tendrán derecho a percibir, a partir del mes siguiente de que se produzca su cese y durante un plazo igual al que hubieran desempeñado el cargo tendrá derecho a percibir, con límite máximo de dos años, una compensación económica mensual igual a la doceava parte del 80 por 100 del total de retribuciones asignadas al cargo respectivo en el presupuesto en vigor durante el plazo indicado. Se indica que no habrá lugar a dicha compensación en caso de desempeño, de forma remunerada, de cualquier puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público o privado en los términos previstos en el artículo 1 del Real-Decreto-Ley 20/2012.

### **c. Facultades y Funciones del Consejo**

Cuenta con una serie de facultades de carácter indelegable como lo son:

1. Aprobación del anteproyecto del presupuesto del organismo.
2. Aprobación de su memoria anual y de los planes anuales o plurianuales de la actuación donde se indica cuáles serán los objetivos y principales actividades a desarrollar por parte de la entidad.
3. La aprobación de su reglamento interno de funcionamiento, como se precisa en el artículo 26 de la cita Ley.
4. El nombramiento del personal directivo<sup>13531354</sup>.

---

<sup>1353</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 28-2- Serie A: PROYECTOS DE LEY. 13 de marzo de 2013. ENMIENDAS E INDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO. 121/0000028 Proyecto de Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1) [En línea] (Consultado el 6/06/2013).

<sup>1354</sup> Uno de los principales aspectos que fue modificados durante la elaboración la Ley, atendiendo a que la primera versión del anteproyecto aludía a que la designación de los miembros sería realizada por parte del Gobierno, lo cual se traducía en una afectación a la autonomía del organismo regulador, ya que su principal característica es la de poder determinar su organización interna, la designación del personal que la conforman y la no injerencia del Gobierno en su funcionamiento. BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. Regulación... Pp. 327 y Pp. 367, quien afirma *“la independencia pretende de servir de soporte a la imparcialidad administrativa. Los organismos reguladores son independientes para reforzar la imparcialidad del ejercicio de ciertas funciones y potestades lo que, a su vez, habrá de reforzar la neutralidad técnica que he comentado...”*

*La capacidad o el poder de disposición sobre la propia organización es, como hemos señalado, manifestación de la independencia del organismo En unos caso, el Gobierno de la Nación es el competente para su desarrollo a través del correspondiente Reglamento de Régimen Interior. Se produce, así, una*

5. La impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de la Ley
6. La potestad de dictar Circulares y Comunicaciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión e cada caso concreto.

Un aspecto muy cuestionable es la elección que se adoptó por parte del legislador de optar por un consejo de carácter par, diez miembros, los organismos reguladores que se fusionan contaban con conformación naturalmente impar, con el fin de evitar empates. Hubiese sido conveniente, tal como lo precisa GARCIA-VALDECASAS<sup>1355</sup>, que atendiendo al volumen de asuntos objeto de conocimiento por parte de la Comisión, su órgano de Gobierno debería estar conformado por un número de 11 miembros incluyendo al Presidente y dos Vicepresidentes encargados de presidir las dos Salas que conforma al Consejo. Las ventajas que implicaría este sistema es que, en caso de empate, el Presidente emitiría un voto de calidad y su labor fundamental dentro de la estructura institucional sería la de coordinación y representación de la entidad y el completo engranaje de la Comisión.

El cuanto a sus funciones estas se encuentran descritas en el artículo 20 de la Ley, precisando que el Consejo es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos.

Aparte de este conjunto de funciones indelegables del Consejo, en el artículo 8 del Estatuto Orgánico, *Funciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, se establece que además de las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia, de arbitraje y resolución de conflictos previstas en los artículos 5 a 12 de la Ley, cuenta con otra serie de atribuciones<sup>1356</sup> que pueden clasificarse de la siguiente forma y que destacamos aparte de las generales.

Dentro de estas funciones el Consejo es competente para:

---

*diferenciación entre el Estatuto y el Reglamento de Régimen interior; aquel lo aprueba el Gobierno y éste el propio organismo”.*

<sup>1355</sup> GARCIA-VALDECASAS, RAFAEL. Sesión Magistral: “La importancia de la arquitectura institucional en la aplicación efectiva de las normas”. Ponencia presentada en el 50 ANIVERSARIO DE NORMATIVA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA. Madrid, 27 de junio de 2013.

<sup>1356</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Op. cit. Pp. 4. Quienes señalaban que la estructura del Consejo y de las Salas de la Comisión no era lo suficientemente sólida y estable ante la asunción del cúmulo de competencias previstas en la Ley como en el Estatuto. La redacción final del Estatuto Orgánico, no modificó este aspecto y el texto aprobado corresponde al Borrador sometido a consideración de las diversas Comisiones para informe.

<b>FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA- CNMC</b>	
<b>NOMBRAMIENTO DEL PERSONAL DIRECTIVO, ASÍ COMO DE SU CESE Y LAS RECUSACIONES</b>	Nombrar a: el Secretario del Consejo, los Directores de Instrucción y demás personal directivo de la CNMC y determinar su retribución según artículo 31.6 de la Ley 3/2013.
	Nombrar y acordar el cese del personal directivo, a propuesta del Presidente del Consejo (indelegable) <sup>1357</sup> .
	Nombrar y acordar el cese del Secretario, a propuesta del Presidente del Consejo (indelegable) <sup>1358</sup> .
	Resolver sobre las recusaciones, y correcciones disciplinarias del Presidente, Vicepresidente y consejeros y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones.
<b>APROBACIÓN Y ADOPCIÓN DE RESOLUCIONES</b>	Aprobar los informes que, con arreglo a la normativa vigente, correspondan a la CNMC.
	Adoptar las medidas cautelares de conformidad con lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio y con lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
	Acordar, a propuesta del Secretario del Consejo o de otras unidades competentes de la Comisión, la interposición de recursos, la personación en procesos judiciales y procedimientos administrativos y la intervención, como amicus curiae, en los procedimientos a que hace referencia la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
	Aprobar circulares informativas y comunicaciones.
	Adoptar las resoluciones definitivas de los procedimientos que se tramiten en materias de su competencia.
	Adoptar, respecto a los sectores de electricidad y gas natural, decisiones jurídicamente vinculantes en las materias de su competencia.
<b>RESOLUCIÓN</b>	Resolver sobre la ampliación del plazo máximo de resolución de los procedimientos.
	Resolver los recursos contra los actos y las decisiones adoptadas por otros órganos en materias cuya decisión o resolución correspondan al Consejo <sup>1359</sup> .
<b>INSTAR A LA REALIZACIÓN DE INFORMES</b>	Instar al Departamento de Promoción de la Competencia la realización de informes, estudios y trabajos de investigación.
<b>ADOPTAR INFORMES</b>	Adoptar los informes a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 5.2 de esta Ley, los informes, estudios y trabajos sobre sectores económicos y en materia de competencia y los informes en materia de ayudas públicas.
<b>ELABORAR CIRCULARES</b>	Ordenar la elaboración de las circulares, circulares informativas y comunicaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como ordenar su publicación

<sup>1357</sup> Artículo 26. Estatuto Orgánico y Reglamento de funcionamiento interno.

4. El pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobará el Reglamento de funcionamiento interno del organismo, en el que se regulará, respetando lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo el régimen de convocatorias y sesiones del pleno y de las salas y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción. La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos, seis de los miembros del Consejo.

<sup>1358</sup> Artículo 14, apartado 1.

<sup>1359</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit...Pp. 30 y 31, que sugirió una redacción más acorde con el texto legal, atendiendo a que la Ley en el artículo 36.2. excluye los recursos de reposición respecto a los actos tanto del Consejo y del Presidente y a que los recursos a que se refiere será a los recursos de alzada contra los actos que adopten las Direcciones de Instrucción; de ahí que fuera necesario que se clarificara que la competencia versa sobre los asuntos previstos en el artículo 36.2 de la Ley.

<b>APROBAR LAS CIRCULARES Y ADOPTAR LAS COMUNICACIONES</b>	Aprobar las circulares previstas en esta Ley.
	Adoptar las comunicaciones previstas en el artículo 30.3 de La Ley LCCNMC, así como las declaraciones de inaplicabilidad previstas en el artículo 6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
<b>APROBACION DEL REGLAMENTO INTERNO, ANTEPROYECTOS Y MEMORIAS</b>	Aprobación del Reglamento de Funcionamiento Interno de la entidad (indelegable) <sup>1360</sup> .
	Aprobar el anteproyecto de presupuesto y formular y aprobar las cuentas anuales del organismo.
	Aprobar la memoria anual del organismo, así como los planes anuales o plurianuales de actuación en los que se definan objetivos y prioridades (indelegable)
<b>EJERCER LAS FUNCIONES CONFORME AL REGLAMENTO</b>	Ejercer las demás funciones que le confiera el Reglamento de funcionamiento interno de la Comisión.
<b>EN MATERIA DE COMPETENCIA</b>	Resolver y dictaminar los asuntos que la CNMC tiene atribuidos por esta Ley y por el resto de la legislación vigente.
	Resolver los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, y sus normas de desarrollo cuando no correspondan a otros órganos de la Administración General del Estado.
	Solicitar o acordar el envío de expedientes de control de concentraciones que entren en el ámbito de aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a la Comisión Europea, según lo previsto en los artículos 9 y 22 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
	Acordar el levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración económica, de conformidad con el artículo 9.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
	Resolver sobre el cumplimiento de las resoluciones y decisiones en materia de conductas prohibidas y de concentraciones.
	Adoptar las comunicaciones previstas en el artículo 30.3 de esta Ley, así como las declaraciones de inaplicabilidad previstas en el artículo 6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
<b>IMPUGNACIÓN DE ACTOS</b>	Acordar la impugnación de los actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4 de esta Ley (indelegable).

**Cuadro 38 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones del Consejo de la CNMC.**

<sup>1360</sup> Ibíd.

#### **d. Funcionamiento del Consejo**

En los artículos 16 y 17 se precisan el funcionamiento del mismo, aspecto que se replica en el artículo 7 apartado 2 del Estatuto Orgánico<sup>1361</sup>.

El Consejo funcionará a través de dos formas: el Pleno, cuyo régimen de funcionamiento se precisa en el artículo 17 y de dos Salas, una dedicada a los asuntos de competencia y la otra a la supervisión regulatoria, previstas en el artículo 18 de la Ley, lo que implica que los integrantes de este órgano cuenten con los conocimientos suficientes y especializados respecto de los asuntos que serán sometidos a su decisión<sup>1362</sup>.

Hay que tener en cuenta los inconvenientes que pueden derivar de que la Sala de Supervisión Regulatoria requiere de conocimientos suficientes en cada una de las materias previstas de cada mercado y el volumen de trabajo de las mismas, lo cual, supone, de un lado, que puede existir injerencia política inevitable y de otro lado que en el aspecto técnico serán precisamente los expertos quienes manejen el proyecto de decisión aunque dada la inevitable politización en los casos difíciles serán decisiones fundamentalmente políticas las que se acaben adoptando. Los acuerdos que se adopten serán por mayoría de los votos de los asistentes y en caso de empate será resuelto por quien presida la reunión<sup>1363</sup>.

En lo que corresponde al sistema de Composición de las Salas del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1364</sup>, debe leerse de manera conjunta con lo previsto en el Estatuto en su artículo 13, donde se indica en sus tres apartados, no sólo como será el sistema de votación para la aprobación de los asuntos sometidos a su conocimiento, sino el sistema de rotación de los Consejeros en las Salas de Competencia y Supervisión Regulatoria, la cual debe realizarse conforme a los plazos establecidos y debe hacerse público una vez sea

---

<sup>1361</sup> Artículo 7. Composición del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

...

2. De acuerdo con los artículos 16 y siguientes de la Ley 3/2013, de 4 de junio, el Consejo actúa en Pleno o en Salas, una dedicada a asuntos de competencia y otra a los asuntos de supervisión regulatoria. El régimen de funcionamiento del Consejo se determinará en el Reglamento de funcionamiento interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1362</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional...* Op. cit. Pp. 95.

<sup>1363</sup> Artículo 16. 1.

<sup>1364</sup> Resolución de 9 de octubre de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se publica el Acuerdo del Consejo por el que se asignan Consejeros a la sala de Competencia y a la Sala de Supervisión regulatoria. (BOE Núm. 245 de 12/10/2013). Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/12/pdfs/BOE-A-2013-10645.pdf> [En línea] (Consultado 20/10/2013). Conforme a lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley, se determinó la composición de las salas:

– Sala de Competencia: Doña María Ortiz Aguilar, don Fernando Torremocha y García Sáenz, don Benigno Valdés Díaz y doña Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín. La presidencia de la Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18. 2 citado corresponderá al Presidente de la CNMC, don José María Marín Quemada.

– Sala de Supervisión regulatoria: Don Eduardo García Matilla, don Josep María Guinart Solá, doña Clotilde de la Higuera González y don Diego Rodríguez Rodríguez. La presidencia de la Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18. 2 citado corresponderá a la Vicepresidenta de la CNMC, doña María Fernández Pérez.

aprobado por el Consejo, en el mes de diciembre, garantizándose siempre su composición y el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas, la estabilidad de la toma de decisiones y el adecuado cumplimiento de los plazos y procedimientos establecidos para cada sala.

Ello obliga, teóricamente, a un cometido imposible realmente, cual es el de conocer de todo, una omnisciencia y omnipotencia poco compatible con el normal desempeño humano y profesional. Conocer de derecho de la Competencia es ya de por sí una tarea de toda una vida profesional, e igualmente, dígame de cada uno de los sectores. Solo por la superficial vía indirecta puede llegar a adoptarse una decisión, cuyo único fundamento común razonable será precisamente el sentido común, imprescindible sin duda, pero que aquí sólo puede actuar como un escudo protector frente a algún despropósito.

Salvo circunstancias excepcionales, como las que se describen en el artículo 18.2 de la Ley de Creación de la Comisión, las Salas pueden tener otro tipo de funcionamiento, pero todas las medidas que se adopten deben garantizar el funcionamiento de las Salas y las medidas que se adopten deben hacerse públicas en función del principio de transparencia.

Es de añadir, que el régimen de funcionamiento del Pleno como de las Salas se desarrollará en el Reglamento de funcionamiento interno, aprobado por el Pleno<sup>1365</sup>.

#### **e. Funcionamiento del Pleno**

En lo que respecta al Pleno del Consejo, se conformará por todos los miembros que integran la Comisión (10 Comisionados), siendo presidida por el Presidente de la Comisión, y en caso de los supuestos previstos por la ley (vacancia, ausencia o enfermedad), podrá ser sustituido por parte del Vicepresidente<sup>1366</sup>. El Pleno del consejo contará con un Secretario que no será consejero, que será propuesto por parte del Presidente, tendrá voz pero no voto y asesora al Consejo en derecho e informará sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración. El servicio jurídico del organismo dependerá de la secretaría del Consejo.

---

<sup>1365</sup> Artículo 26. Estatuto Orgánico y Reglamento de funcionamiento interno.

4. El pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobará el Reglamento de funcionamiento interno del organismo, en el que se regulará, respetando lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo el régimen de convocatorias y sesiones del pleno y de las salas y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción.

La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos, seis de los miembros del Consejo.

<sup>1366</sup> Artículo 17. El pleno del Consejo.

1. El Consejo en pleno está integrado por todos los miembros del Consejo. Lo preside el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En caso de vacante, ausencia o enfermedad del Presidente, le suplirá el Vicepresidente o en su defecto, el consejero de mayor antigüedad y, a igualdad de antigüedad, el de mayor edad.

2. El pleno del Consejo se entenderá válidamente constituido con la asistencia del Presidente o persona que lo sustituya, el Secretario, y cinco miembros del Consejo.

El Pleno del Consejo se entenderá válidamente constituido con la asistencia del Presidente o persona que lo sustituya, el Secretario, y cinco miembros del Consejo<sup>1367</sup>.

Es el artículo 3 del Reglamento, denominado del Funcionamiento del Consejo de la CNMC, donde se indica en sus seis apartados cómo es la composición del Consejo, el régimen de asistencia, las formas en las que sesionara el Consejo, la publicidad de las reuniones y la asistencia de otro personal a dichas reuniones atendiendo al objeto del trabajo o los conocimientos técnicos.

El Consejo estará compuesto por el Presidente, el Vicepresidente y los ocho Consejeros restantes, tal como lo indica la Ley de creación de la CNMC; su asistencia a las reuniones del Consejo (Pleno o Salas) será obligatoria, salvo los casos debidamente justificados.

El Consejo, se podrá reunir en Pleno o en Salas de Competencia y de Supervisión Regulatoria, reiterándose que el Pleno será presidido por el Presidente, al igual que la Sala de Competencia y el Vicepresidente la Sala de Supervisión Regulatoria.

En cuando a la publicidad de la las sesiones del Consejo se indica que tanto la reuniones del Pleno o de las Salas no serán públicas. Es normal que la deliberación sea secreta, precisamente para preservar la libertad propia de todo criterio independiente y solvente.

Y por último se indica, que cuando sea procedente y antes de que se entre en las deliberaciones y con el fin de dar a conocer los trabajos o los conocimientos técnicos, podrán asistir el personal directivo con voz pero sin derecho a voto o cualquier personal no directivo que determine el Presidente o el Vicepresidente como Presidente de la Sala de Supervisión Regulatoria.

Para el cumplimiento de sus funciones el Pleno de la Comisión se reunirá con carácter ordinario cuantas veces sea necesario, sin limitaciones de número.

Atendiendo a la importancia de los asunto y de que no puede ser demorado a la siguiente sesión ordinaria, el Presidente a iniciativa propia o a petición de seis Consejeros podrá convocar sesiones extraordinarias, en dicha convocatoria deberá expresarse los asuntos que solicita incluir en el orden del día de la convocatoria.

Antes de abordar el funcionamiento de las Salas, la Ley consagra la figura del Secretario, como se indica en el artículo 14, cuyo nombramiento será realizado por el Pleno del Consejo a propuesta del Presidente, tal como se indica en el artículo 16.2 de la Ley<sup>1368</sup>. Éste será tanto el

---

<sup>1367</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 28-2- Serie A: PROYECTOS DE LEY. 13 de marzo de 2013. ENMIENDAS E INDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO. 121/0000028 Proyecto de Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1) [En línea] (Consultado el 6/06/2013).

<sup>1368</sup> Artículo 16. 2. A propuesta del Presidente, el Consejo en pleno, elegirá un Secretario no consejero, que deberá ser licenciado en derecho o titulación que lo sustituya y funcionario de carrera perteneciente a un



Secretario del Pleno como de las Salas, sumadas a las funciones previstas en el artículo 25 de la Ley 30/1992<sup>1369</sup> y las demás que se indiquen en el Estatuto Orgánico a partir de los artículos 9 y ss. En los casos de vacante, ausencia o enfermedad o los supuestos de dimisión por las causas legales previstas en la legal serán ejercidas por el Vicesecretario y se consagra en el apartado 4 de la artículo 9 del Estatuto que algunas de las funciones asignadas al Secretario previo informe del Pleno del Consejo podrán ser asumidas por parte del Vicesecretario, el cual será nombrado por parte del Consejo, a propuesta del Presidente y oído del Secretario del Consejo, como se indica en el artículo 11 apartado 3.

En cuanto a las funciones, el artículo 16.2. de la ley, señala que las funciones principales son la de asesorar al Consejo en Derecho, informar sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración, así como las funciones propias de la secretaría de los órganos colegiados, es el estatuto en su artículo 10 donde se especifican las funciones que asumirá el Secretario:

---

cuerpo del subgrupo A1, al servicio de la Administración General del Estado, que tendrá voz pero no voto, al que corresponderá asesorar al Consejo en derecho, informar sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración, así como las funciones propias de la secretaría de los órganos colegiados. El servicio jurídico del organismo dependerá de la Secretaría del Consejo.

<sup>1369</sup> Artículo 25 Secretario

1. Los órganos colegiados tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente.

2. La designación y el cese, así como la sustitución temporal del Secretario en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad se realizarán según lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y, en su defecto, por acuerdo del mismo.

Número 2 del artículo 25 declarado contrario al orden constitucional de competencias por Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1999, 6 abril («B.O.E.» 27 abril).

3. Corresponde al Secretario del órgano colegiado:

a) Asistir a las reuniones con voz pero sin voto si es un funcionario, y con voz y voto si la Secretaría del órgano la ostenta un miembro del mismo.

b) Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su Presidente, así como las citaciones a los miembros del mismo.

c) Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano y, por tanto, las notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquiera otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.

d) Preparar el despacho de los asuntos, redactar y autorizar las actas de las sesiones.

e) Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.

f) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario.

Número 3 del artículo 25 declarado contrario al orden constitucional de competencias por Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1999, 6 abril («B.O.E.» 27 abril).

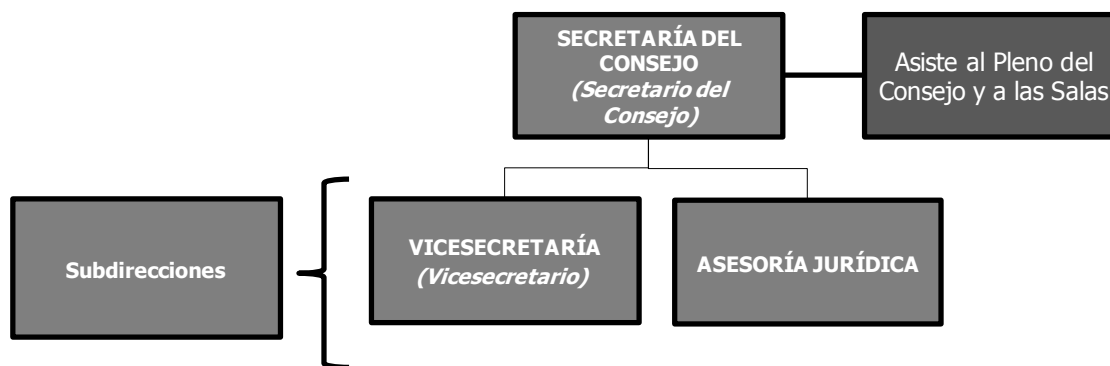
FUNCIONES DE LA SECRETARIA DEL CONSEJO								
ASESORIA	APOYO	ASISTENCIA	CUSTODIAR	RECIBIR	EXPEDIR	NOTIFICAR	DELEGADAS	OTRAS FUNCIONES
a) Asesorar en Derecho al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y velar por la legalidad de sus actos, acuerdos y decisiones. d) Asesorar sobre la legalidad de los asuntos y cuestiones que se sometan a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, velando por la observancia de los trámites y plazos de los procedimientos <sup>1370</sup> .	b) Apoyar al Presidente y a los Consejeros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones y en la preparación de las reuniones del Consejo, asignando los medios personales de que disponga la Secretaría a cada Consejero atendiendo a las necesidades concretas de cada caso.	c) Asistir a las reuniones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con voz pero sin voto y levantar acta de dichas reuniones.	e) Custodiar y gestionar los expedientes, actuaciones y documentos del Consejo.	f) Recibir los proyectos o propuestas de decisiones o informes de todos los asuntos que remitan las Direcciones de Instrucción y el resto de los órganos de la Comisión, cuya deliberación y resolución corresponda al Consejo.	g) Expedir certificaciones de las resoluciones, acuerdos, consultas y dictámenes aprobados por el Consejo.	h) Notificar los actos, resoluciones e informes del Consejo.	i) Las que expresamente le deleguen el Consejo y el Presidente.	j) Cualesquiera otras que le sean atribuidas por este estatuto, el Reglamento de funcionamiento interno u otras normas que puedan resultar aplicables.

**Cuadro 39 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones de la Secretaría del Consejo.**

El artículo 11, prevé la estructura de la Secretaria del Consejo, la cual se concreta en el siguiente cuadro:

<sup>1370</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Op. cit. Pp. 10 y ss.

Donde se sugería que esta función era típica de la Asesoría Jurídica, en el entendido que corresponde a la Secretaria del Consejo el correspondiente asesoramiento en Derecho al Consejo de la Comisión, sin perjuicio de la dependencia que hay entre la Asistencia Jurídica y la Secretaria del Consejo. Para tal efecto, la Comisión Nacional de la Competencia propuso un texto alternativo, con el fin de agrupar los criterios previstos tanto en el literal a y d de artículo 10 del Borrador del Estatuto, el texto alternativo que fue rechazado, precisaba que la Secretaría se encargaría de asesorar en derecho sobre los asuntos y cuestiones que conociera el Consejo y a su vez ejercería una función de control sobre la legalidad de sus actos, acuerdos y decisiones y velando por la observancia de los plazos y procedimientos que en este caso estarían atribuidos a la Asesoría Jurídica.



**Cuadro 40 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Estructura de la Secretaría del Consejo.**

De acuerdo con la estructura propuesta, de la Secretaría del Consejo depende de la Vicesecretaría del Consejo, teniendo el rango de Subdirección, que asistirá al Secretario en sus funciones, tanto en el Pleno como en las Salas que lo conforman, así como en los asuntos que le sean requeridos por parte del Secretario.

Asimismo el artículo 16.2, indica que el Servicio jurídico del organismo dependerá de la Secretaría del Consejo, a la cual se le denomina Asesoría Jurídica, a la que se le asigna el rango de Subdirección<sup>1371</sup>, como se indica en el artículo 11 apartado 2 del Estatuto, contará con un Jefe de la Asesoría<sup>1372</sup>, el cual será nombrado por parte del Consejo, a propuesta del Presidente oído el Secretario del Consejo, tal como se precisa en el artículo 11 apartado 3.

En lo que respecta a la Sección 4ª denominada Vicesecretaría del Consejo y Asesoría Jurídica del Reglamento Interno de Funcionamiento, en su artículo 24. Vicesecretaría del Consejo y Asesoría Jurídica, especificándose que la Secretaría del Consejo depende la Vicesecretaría del Consejo, con rango de Subdirección, que asistirá en las funciones de secretariado del Consejo en Pleno y de sus Salas, así como en cuantos asuntos le sean requeridos por éste Asimismo, ejercerá las funciones que le delegue. También depende del Secretario del Consejo la Asesoría Jurídica, con rango de Subdirección, a la que le corresponden las funciones determinadas en el Estatuto Orgánico.

En cuando a las funciones por medio del cual se le asignan las siguientes funciones:

<sup>1371</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Op. cit. Pp. 12. Sobre este aspecto, la Comisión Nacional de Competencia precisaba en su informe, la necesidad de que dicha Asesoría Jurídica atendiendo al número de funciones de asistencia exigibles, que se le asignara la condición de Subdirección general, como sucede de manera análoga con unidades de este tipo en la Administración General del Estado, observación que fue acogida como se ve reflejado en el Estatuto Orgánico.

<sup>1372</sup> Ibíd. Pp. 12 y ss. La CNC sugirió en su informe que era necesario dotar a la Asesoría Jurídica el rango de la magnitud de funciones que está asumiéndola, tal como sucede de manera análoga en otro tipo de unidades equivalentes en la Administración General del Estado, de allí que esta modificación fuese incorporada en el texto final

FUNCIONES DE LA ASESORIA JURIDICA <sup>1373</sup>								
ASESORAMIENTO	INFORMAR	TRAMITACION	INSTRUCCIÓN	EMITIR	MESA DE CONTRATACION	PROPUESTA DE INFORME	COORDINACION	COLABORACION
a) Asesorar jurídicamente y con plena autonomía funcional a los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.	b) Informar, cuando sea requerido para ello, sobre las propuestas de circulares y comunicaciones. h) Informar en los procedimientos disciplinarios dirigidos frente al personal al servicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. i) Informar sobre la viabilidad de las propuestas de impugnación de actos y disposiciones de Administraciones Públicas elevadas al Consejo de la	c) Tramitar los procedimientos arbitrales previstos por el artículo 5.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio. d) Tramitar los recursos interpuestos contra actos y decisiones de la Comisión y elaborar las propuestas de resolución para su elevación al Consejo, solicitando, en su caso, informe a otros órganos de la Comisión Nacional de los	e) Instruir los procedimientos y elaborar las propuestas de informe sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas contra actos o decisiones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.	f) Emitir informe en relación con los convenios y contratos que formalice la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.	g) Ser miembro de la Mesa de Contratación.	j) Elevar al Consejo, en colaboración con el Departamento de Promoción, propuesta de informe sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones a que hace referencia el artículo 5.2.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, previo informe del Departamento de Promoción <sup>1374</sup> .	k) Coordinar y gestionar las relaciones con Juzgados y Tribunales para el ejercicio de las competencias que la ley atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en relación con ellos, solicitando, en su caso, informe a otros órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.	l) Colaborar con la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en la defensa y representación en juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Excepcionalmente, cuando pueda haber un conflicto de intereses entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Administración General del Estado, dicha defensa en

<sup>1373</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op.cit...Pp. 31 y ss. Lo que precisa la CNE, es que la Asesoría Jurídica, ejercerá funciones de asesoramiento propia en servicios comunes, tales como recursos, contratación, responsabilidad del estado entre otras, pero no en funciones de asesoramiento respecto a las actividades de los organismos sector, como sucede en cada con las Comisiones que se fusionan que cuentan con Servicios Jurídico destinado a servir de asesoría en los procedimientos o actuaciones que se seguían por parte de cada entidad.

Tal como se indica por parte de la CNE, la Dirección de Servicio Jurídico no solo cumple la función de dirigir o asesorar en los servicios comunes de la entidad, sino que desempeñan principalmente la labor de constante apoyo y de análisis de legalidad de todas las actuaciones del organismos, lo que implica la revisión de los informes y actuaciones procedentes de las direcciones sectoriales. De allí que hubiera sido conveniente que la Dirección de Servicio Jurídico contará con subdirecciones jurídicas especializadas en cada sector, lo cual repercutiría en la calidad regulatoria y evitaría futuros conflictos entre las direcciones de instrucción.

<sup>1374</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Op. cit. Pp. 13. Texto que fue modificado atendido al informe presentado por parte de la Comisión Nacional de Competencia. Donde se precisaba que esta función era realizada de manera conjunta entre dos órganos de la

	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y redactar la propuesta de requerimiento previo a que hace referencia el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.	Mercados y la Competencia.						juicio podrá ser encomendada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a un abogado especialmente designado <sup>1375</sup> .
--	--	----------------------------	--	--	--	--	--	---

**Cuadro 41 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones de la Asesoría Jurídica.**

Comisión, la Dirección de Promoción encargada de aportar los criterios técnicos y la Asesoría Jurídica encargada de coordinar y gestionar las relaciones con los Tribunales, de allí que fuese indispensable que el Estatuto incluyera este sistema y fuera acorde con las funciones encomendadas a la Dirección de Competencia.

<sup>1375</sup> Ibíd. Pp. 13. Precisaba la necesidad de hacer una remisión a la Legislación Procesal en esta materia y no colegiación, aspecto que no fue tenido en cuenta en el Estatuto que fue aprobado. Sobre el particular la Comisión precisaba sobre esta función

*“El artículo 11.2.1) prevé la posibilidad de designar un “abogado colegiado” para la defensa técnica en juicio de la CNMC cuando medie conflicto de interés entre el organismo y la Administración General del Estado y dicha defensa no pueda ser asumida por la Abogacía General del Estado. No obstante, la preceptiva colegiación de los abogados para su actuación en juicio debe venir prevista por norma estatal con rango de Ley 8, por lo que parece preferible remitirse a la norma legal correspondiente, en lugar de introducir en una disposición con rango reglamentario una restricción de acceso profesional sin el preceptivo análisis de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. Por ello, sin desconocer que dicha colegiación es hoy preceptiva, en tanto que dicha vigencia tiene carácter transitorio<sup>1</sup>, resulta preferible suprimir la mención a la colegiación y sustituirla por una genérica remisión a la Ley.*

*l) [...] Excepcionalmente, cuando pueda haber un conflicto de intereses entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Administración General del Estado, dicha defensa en juicio podrá ser encomendada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a abogado especialmente designado, en los términos previstos en la legislación procesal.”*

### *f. Funcionamiento de las Salas*

El artículo 18 consagra las dos Salas del Consejo, una dedicada a los asuntos de competencia y la segunda a la supervisión regulatoria, cada una de ellas compuesta por 5 miembros. Sabemos ya que la Sala de Competencia será precedida por parte del Presidente de la Comisión y la Sala de Regulación por el Vicepresidente. Será el pleno del Consejo donde se determinará la asignación de los miembros a cada una de las Salas, atendiendo al Estatuto Orgánico y al Reglamento de interno de funcionamiento. Los Consejeros rotarán entre las Salas, incluyendo los criterios de selección y la periodicidad de las rotaciones, por lo tanto el criterio de especialidad que justifica la reforma se ve menoscabado por esta formula, en consideración a que las Salas no se conforman en función a los conocimientos y experiencia de los miembros del Consejo.

La convocatoria de cada una de las Salas corresponde al Presidente, por propia iniciativa o a petición de la mitad de los Consejeros. El modelo que se incorpora no corresponde al modelo Alemán, donde hay Salas especializadas para cada sector, sino se optó por dos Salas que asumirán todos los asuntos sean estos de competencia o de regulación de la Comisión.

En el Artículo 13 del Estatuto Orgánica, se precisa la Composición de las Salas del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, donde se asigna la competencia al Pleno del Consejo quien deberá aprobar, por mayoría de seis votos, el régimen de rotación entre Salas de los Consejeros, estableciendo el número de Consejeros sometidos a rotación y la periodicidad de ésta.

El régimen de rotación que se apruebe deberá garantizar que la composición de cada una de las Salas permita un adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas al Consejo, la estabilidad de la toma de decisiones y el adecuado cumplimiento de los plazos y procedimientos establecidos. Hemos de remitirnos a la crítica ya realizada con anterioridad en cuanto a la suficiencia de conocimientos de los Consejeros.

El régimen de rotación se hará público una vez sea aprobado por el Consejo, publicándose en el «BOE», en el mes de diciembre de cada año, la composición de cada Sala para el año siguiente<sup>1376</sup>.

---

<sup>1376</sup> Resolución de 9 de octubre de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se publica el Acuerdo del Consejo por el que se asignan Consejeros a la sala de Competencia y a la Sala de Supervisión regulatoria. (BOE Núm. 245 de 12/10/2013). Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/12/pdfs/BOE-A-2013-10645.pdf> [En línea] (Consultado 20/10/2013). “El consejo de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) ha decidido la asignación de sus consejeros a las dos salas de Competencia y de Supervisión Regulatoria Sectorial. De esta manera, Idoia Zenarratzbeitia, María Ortiz, Fernando Torremocha y Benigno Valdés quedarán adscritos a la Sala de Competencia. Mientras que Eduardo García Matilla, José María Guinart, Clotilde de la Higuera y Diego Rodríguez, lo harán a la Sala de Regulación Sectorial”.

El artículo 5 del Reglamento referido a “ Composición de las Salas y régimen de rotación” establece que las dos Salas (Competencia y de Supervisión Regulatoria) que conforman el Consejo estarán compuestas por un Presidente y cuatro Consejeros. Será el pleno del Consejo que aprobará por mayoría de seis votos, el régimen de rotación entre Salas de los Consejeros, estableciéndose el número de Consejeros sometidos a rotación y la periodicidad de ésta, de conformidad con lo establecido en el Estatuto Orgánico.

Tal como se indica en el Estatuto, en el mes de diciembre de cada año se deberá publicar en el Boletín Oficial del Estado cómo será la composición de las Salas para el año siguiente. Si se produjesen algún tipo de rotación en alguna de las Salas en cuanto a su composición de las Sala deberán ser publicadas inmediatamente en el BOE.

En cuanto al funcionamiento de las Salas el artículo 6, viene a señalar que para que las Salas estén debidamente constituidas, para deliberar, adoptar acuerdos, se requerirá la presencia de su Presidente y del Secretario o el que los sustituya y dos consejeros de las Salas que la conforman.

El Pleno del Consejo y para el cumplimiento de las funciones previstas en el artículo 21, podrá reunirse las veces que considere pertinente, sin ningún tipo limitación. Igualmente, cuando el asunto sea de tal importancia que no pueda ser abordado en la siguiente sesión ordinaria, el Presidente de la Sala a iniciativa propia o a petición de tres Consejeros podrá convocar sesiones extraordinarias.

El inconveniente de principal de un sistema en que los Consejeros roten en ambas Salas puede derivar como se ha indicado, en que los asuntos no sean tratados con la debida especialidad, derivando en resoluciones sin los suficientes criterios técnicos y jurídicos, es decir, una regulación ineficaz<sup>1377</sup>.

La Sección 2ª. Determina los Aspectos Comunes al Funcionamiento del Pleno y las Salas, determinando el sistema de Convocatorias; el Orden del día, el sistema de Deliberaciones, las votaciones, las actas, certificaciones y traslado de acuerdo.

En cuanto a las Convocatorias, el artículo 7, precisa:

1. Las Convocatorias para cada sesión serán realizadas por el Secretario del Consejo, por orden del Presidente, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas sobre la hora prevista para el inicio de la sesión, indicándose tanto el lugar y hora de la reunión y los temas a tratar.  
Como excepción a esta regla, se entenderán que tanto el Pleno como las Salas quedarán válidamente constituidos o convocados, cuando se reúnan la totalidad de sus miembros y así lo acuerden por unanimidad.
2. Se especifica que cuando se convoque a una sesión extraordinaria por seis consejeros, en el caso del Pleno o tres consejeros en el caso de las Salas, el Presidente deberá

---

<sup>1377</sup> Ibíd. Pp. 4 y ss.

convocar a dicha sesión dentro de los diez días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

En lo que respecta al Orden del día, el artículo 8, se le asigna al Presidente la labor de fijar el Orden del día, que deberá incluirse en la convocatoria, y las peticiones realizadas por los demás miembros del consejo, realizadas con la antelación suficiente. Este tema es capital en cualquier Presidencia de un órgano colegiado y supone una de las mayores potestades de la misma. No serán objeto de deliberación los asuntos que no hayan sido incluidos en el Orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del Consejo y sea acordada la inclusión del asunto por el voto favorable de la mayoría.

Respecto a las Votaciones, el artículo 10 del Reglamento, precisa que los acuerdos se aprobarán por mayoría de votos, y si se dieran empates, el que decidirá el Presidente que cuenta con el voto de calidad.

Los votos tienen el carácter de ser personales e indelegables.

Cualquier Consejero podrá pedir que cada una de las propuestas que versen sobre un mismo asunto pueda ser votada de manera separada.

En cuanto a las formas de votación pueden ser realizadas a través de dos mecanismos; el de mano alzada o nominalmente, a cuyo fin el Secretario irá requiriendo a los miembros del Consejo para que expresen su voto.

En cuanto a la abstención, le serán aplicables las normas previstas sobre esta materia en los artículos 24. C) y 28 de la Ley 30/1992<sup>1378</sup>.

---

<sup>1378</sup> Artículo 24 Miembros

1. En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros:

...

c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.

No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados.

Artículo 28 Abstención

1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.



Por último, el artículo 11, establece como será las Actas, certificaciones y traslado de acuerdos, dicho artículo viene a precisar en sus doce apartados lo correspondiente a las actas, certificaciones y traslado de los acuerdos, que podemos clasificar de la siguiente forma:

ACTAS	CERTIFICACIONES	TRASLADO DE ACUERDOS
<p>De cada sesión que se celebre sea ordinaria o extraordinaria, se levantará un acta por el Secretario, en ella se incluirá los asistentes a la misma, el orden del día de la reunión, el día en que celebre si esta corresponde a una sesión ordinaria o extraordinaria, los asuntos tratados y los acuerdos aprobados.</p> <p>En cada acta figurarán, a solicitud de los miembros del Consejo, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención, los motivos que la justifiquen o no el sentido de su voto favorables. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que entregue al Secretario en el acto o en el plazo de tres días hábiles, el texto de su intervención, haciéndose constar en el acta o la copia de la intervención.</p> <p>Si algún Consejero discrepa del acuerdo, podrá formular un voto particular dentro del plazo de tres días, y el texto que se presente será incluido en el acta.</p> <p>Las actas podrán ser aprobadas en la misma sesión o fecha posterior.</p> <p>Se deberán conservar junto a las actas, los dictámenes y documentos que hagan referencia.</p> <p>Será responsabilidad del Secretario la custodia de las actas que estarán debidamente numeradas y por orden cronológico y anualmente serán encuadernadas.</p> <p>Todas las actas tendrán el carácter de reservados, debiendo guardar secreto de las mismas cuantos las conozcan por razón de sus funciones.</p>	<p>Podrán solicitarse certificaciones sobre los acuerdos que se hayan sido adoptadas, sin perjuicio de que el acta sea aprobada posteriormente. En dicha certificación se indicaran que el acta será aprobada en fecha ulterior.</p> <p>Se podrán pedir certificaciones de las actas, las cuales deben contener la firma del Secretario.</p> <p>Quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo y directo podrán solicitar del Secretario del Consejo certificación de los asuntos que le afecten</p>	<p>El Secretario será el encargado de trasladar a los servicios de la CNMC los acuerdos del Consejo que les afecten.</p>

**Cuadro 42 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Actas, Certificaciones y Traslado de Acuerdos del Consejo.**

- 
- e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.
3. La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.
4. Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente.
5. La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad.

Antes de abordar las funciones del Presidente, es necesario precisar que tanto el Pleno del Consejo, como las Salas cuentan con una serie de competencias, sobre los asuntos que conocerán y será el Estatuto Orgánico y el Reglamento Interno de Funcionamiento donde se determinara que asuntos serán conocidos por parte de las Salas, tal como se indica el artículo 21:

COMPETENCIAS DEL PLENO Y DE LAS SALAS		
PLENO DEL CONSEJO <sup>1379</sup> . Integrado por la totalidad de los miembros de la Comisión	SALAS DEL CONSEJO <sup>1380</sup>	
a) Los que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14.1 de la presente Ley, sean indelegables para el Consejo, con la excepción de la impugnación de actos y disposiciones a las que se refiere el artículo 5.4 <sup>1381</sup> .  b) Aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria.  c) Los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el pleno, por mayoría de	Estas conocerán los asuntos que no estén expresamente atribuidos al Pleno del Consejo. Será el reglamento Interno de Funcionamiento que precisará los supuestos, en que algunos asuntos serán conocidos por parte de una de las salas, la otra deberá informar la otra con carácter preceptivo. Los asuntos que deberán informar son:	
	<b>SALA DE COMPETENCIA</b> Presidida por el Presidente CNMC y cuatro consejeros	<b>SUPERVISIÓN REGULATORIA<sup>1383</sup></b> Presidida por el Vicepresidente del CNMC y cuatro consejeros

<sup>1379</sup> De conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Estatuto Orgánico, que es una copia exacta de lo previsto en la Ley.

<sup>1380</sup> Artículo 14 del Reglamento Funciones e Informes de las Salas del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La particularidad de este artículo es que en su apartado segundo desarrolla que tipo de Informes de carácter previo que cada una de las Salas deberá elaborar con relación a los asuntos de su conocimiento.

<sup>1381</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL... Op. cit. Pp. 17. Precisa que la Ley definió los supuestos en los que el Consejo ha de informar y por consiguiente sería una intromisión por parte del Gobierno a través del Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión para determinar los supuestos en los que se requiere informe preceptivo o los asuntos que por su especial incidencia corresponde al pleno del Consejo; una regulación a través de un Real Decreto afectaría la independencia y autonomía de la entidad, para tal efecto deberá ser el Pleno del Consejo que determine las materia que requieren informe, atendiendo caso por caso y la mejor forma de hacerlo es un Reglamento de funcionamiento interno.

<sup>1383</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. *“Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115)”*...Op. cit. Pp.9 y ss., el cual indica que la relación de materias que exigen la elaboración de informes previos por parte de las Salas debió ser analizado de otra forma; en primer lugar, porque no todas las materias, en este caso particular en asuntos de telecomunicaciones, necesitan un informe preceptivo y la interpretación que se hizo por parte del Gobierno alude que a casi todas las materias sometidas a conocimiento a cada una de las salas imponen la elaboración de un informe previo, que puede menoscabar otro tipo de procedimientos en particular la imposición de medidas urgentes como pueden ser las medidas cautelares, lo que no sucede respecto a los informes que son proferidos por parte de la Sala de Competencia que tienen un carácter erga omnes, lo que no puede ser predicado respecto a otro tipo de procedimientos que tienen un carácter inter partes como son los regulatorios sometidos a supervisión.

Otro aspecto a tener en cuenta, es la imposibilidad bajo este modelo de imponer medidas cautelares, lo que puede afectar el resultado final del asunto de conocimiento por parte de la Comisión ya que la Ley no estableció ni tampoco el Estatuto la necesidad de imponer en caso de medidas cautelares, el informe previo de la Sala Competencia.

De allí que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones haya sugerido un texto alternativo el cual no fue tenido en cuenta por parte del Gobierno en la redacción del Estatuto y que si hubiera sido incorporaba clarificaba los supuestos referentes a la imposición de medidas cautelares y a los informes previos de cada una de las Salas del Consejo, que transcribimos a continuación: “...

*En definitiva, se propone eliminar la referencia al artículo 12.a.1º de la LCNMC del artículo 15.2.i) del Proyecto de Estatuto Orgánico y delimitar específicamente en el apartado 15.1.c) del Proyecto que se añade que la intervención en aplicación de los artículos 6.1 a 6.3 se realizará únicamente “cuando por su*

seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo <sup>1382</sup> .	<p>1. Será de su conocimiento los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia, de acuerdo con los parámetros previstos en el artículo 5 de la Ley 3/2013.</p> <p>2. Informará sobre los procedimientos que, previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.<sup>1384</sup></p>	<p>1. Serán de su conocimiento los asuntos relacionados en los artículos 6 a 12 de la Ley y lo previsto en la disposición adicional novena apartado 7.</p> <p>2. Informará sobre los procedimientos en materia de defensa de la competencia previstos por el artículo 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los artículos 6 a 11.</p>
--	--	---

**Cuadro 43 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Competencias del Pleno y de las Salas.**

*relevancia afecten al grado de apertura, transparencia, correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados”.*

*En atención a lo anterior, se propone la siguiente redacción del artículo 15.2.c) del Proyecto de Estatuto Orgánico:*

*“c) Los expedientes que resulten por aplicación del artículo 6.1 a 6.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y de la aplicación de los artículos 11.4, 12.2 y 13.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, cuando por su relevancia afecten al grado de apertura, transparencia, correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.*

*No será necesario informe preceptivo para la adopción de medidas cautelares”.*

*Asimismo, se propone que el artículo 15.2.i) del Proyecto de Estatuto Orgánico quede redactado como sigue:*

*“Respecto del artículo 12.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, los asuntos previstos en los apartados 1.a)1º, 1.b.1º, 1.c), 1.d).1º, 1.e), 1.f).5º”.*

<sup>1382</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp.17 y ss. A juicio de la CNE, algunos asuntos de conocimiento de la CNMC podrán ser considerarse de especial importancia para ser sometidos a conocimiento por parte del Pleno del Consejo en el caso particular los apartados 1 y 16 del artículo 7 de la Ley 3/2013; pero el Estatuto no clarifica cuales asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados regulados deberán sometidos al pleno, salvo la excepción prevista para la separación funcional prevista en la Ley General de Telecomunicaciones.

Hubiese sido conveniente que el Estatuto hubiera detallado los asuntos y determinaría el trabajo a desempeñar por parte de las Direcciones de Instrucción.

<sup>1384</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISION NACIONAL... Pp. 4. “El mecanismo de informes cruzados o informes preceptivos por parte de cada una de las Salas puede afectar el normal desarrollo de las actividades y funciones atribuidas a la Comisión, atendiendo a que pueden existir contradicciones o afectaciones a la regulación, lo que significaría ir en contra de los objetivos de la reforma que es el de garantizar la seguridad jurídica y la transparencia en las actuaciones de la Comisión. Sobre este aspecto la Comisión señala “*ya se ha señalado (supra III.1) que el sistema de informes cruzados entre Salas diseñado en la Ley 3/2013 y sobre el que la CNC no ha podido informar empeora significativamente el modelo de informes determinantes que preveía el artículo 17 de la Ley 15/2007. Así, la ley arbitra un mecanismo que puede conducir a manifestaciones contradictorias de un mismo órgano en ejercicio de una concreta competencia resolutoria o consultiva, lo que puede conllevar el reflejo de un juicio técnico o una manifestación de conocimientos poco sólido, débilmente fundamentado y fácilmente combatible por los interesados. La eficacia y la seguridad que el proyecto de CNMC pretendía introducir en los sectores de regulación y supervisión no parecen adecuarse a la formación de una voluntad con manifestaciones divergentes o criterios discrepantes por parte del máximo órgano resolutorio”.*

De manera detallada en el artículo 14 apartado segundo incorpora una lista de asuntos que requieren informe previo de cada una de las Salas:

- a) Los previstos en los apartados b), c), d), e) f), y h) del apartado 1<sup>1385</sup> y a)<sup>1386</sup>, del apartado 2 del artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, cuando afecten a los sectores sujetos a supervisión.
- b) Los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial y sus normas de desarrollo, en el marco de las competencias de la Comisión, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de infracciones.
- c) Los expedientes que resulten por aplicación del artículo 6.1 a 6.3 de la Ley 3/2013, correspondientes a la Supervisión y control del mercado de las telecomunicaciones electrónicas, de 4 de junio y de la aplicación del artículo 13.bis de la Ley 32/2003, que corresponde a la separación funcional.
- d) Respecto de las funciones previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, los asuntos previstos en los apartados 14, 15, 19, 21, y 30 relativos a la Supervisión y control en el

---

<sup>1385</sup> Artículo 5 Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

...

b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

c) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.

d) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas.

e) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.

f) Aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.

<sup>1386</sup> 2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios. En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones:

a) Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

sector eléctrico y del gas natural, así como los expedientes de certificación de la separación de actividades en aplicación del apartado 3, del mismo artículo de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

e) Los previstos en el artículo 8.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, sobre la supervisión del sector postal en materia de acceso a la red y a otras infraestructuras.

f) Los previstos en el artículo 9.7 y 9.8 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, sobre el mercado audiovisual.

g) Respecto de las funciones previstas en el artículo 10 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, la inadmisión de la propuesta de la entidad gestora del aeropuerto o la inaplicación de las modificaciones tarifarias revisadas establecidas por la entidad gestora del aeropuerto según lo dispuesto en el apartado 1 y los asuntos previstos en el apartado 2 del mencionado artículo.

h) Los previstos en los apartados 2 y 4 del artículo 11 de la Ley 3/2013, de 4 de junio de 2013, Supervisión y Control en el Sector Ferroviario.

i) Respecto del artículo 12.1 de la Ley 3/2013 sobre resolución de conflictos, de 4 de junio, los asuntos previstos en los apartados a) 1º, 3º, 5º, 6º y 8º, b) 1º, c), d) 1º y 2º, e) y f) 5º, en los mercados de comunicaciones electrónicas (en asuntos relacionados con el acceso, interconexión interoperabilidad, en el uso compartido de las redes, oferta de servicios mayoristas, en materia de itinerancia, gestión múltiple de los servicios de comunicación audiovisual, en los mercados de electricidad y del Gas (respecto a los contratos relativos al acceso a terceros a las redes de transporte y en su caso, distribución), en materia aeroportuaria, en el mercado postal (en materia del servicio postal universal), en materia comunicación audiovisual y en el sector ferroviario<sup>1387</sup>.

j) Para la adopción del informe previsto en el procedimiento relacionado con la toma de participaciones en el sector energético, en los términos previstos en la Ley 3/2013, de 4 de junio<sup>1388</sup>.

Uno de los aspectos que se encontraba previsto en el borrador de Estatuto Orgánico, era el de los supuestos en que exista divergencia de criterios respecto de los Informes que deben ser

---

<sup>1387</sup> Artículo 12 Resolución de conflictos

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos:

- a) En los mercados de comunicaciones electrónicas,
- b) En los mercados de la electricidad y del gas,
- c) En materia de tarifas aeroportuarias,
- d) En el mercado postal,
- e) En el mercado de comunicación audiovisual,
- f) En el sector ferroviario

<sup>1388</sup> Vale la pena precisar, que mientras no se transfiera totalmente la competencia al Ministerio de Industria, Economía y Turismo, no solamente recae la competencia de elaboración de este tipo de informes, sino que asume la competencia plena en materia de toma de participaciones hasta que el Ministerio cuente con los recursos tanto de personal, como financiero para el ejercicio pleno de esta competencia.

emitidos por las Salas que conforman el Consejo<sup>1389</sup>, aspecto que fue retirado del texto final del Estatuto que fue aprobado (pero se constituye en un aspecto a tener en cuenta ya que no se prevé en el texto final un mecanismo para dirimir las futuras contradicciones). Más aun cuando con la fusión lo que se pretende es la unidad y que cuente con un criterio uniforme sobre los casos objeto de su conocimiento, aspecto que tampoco el Reglamento Interno de Funcionamiento precisa y que se constituye en una de las piezas cardinales para el éxito de la Ley y de los objetivos que llevaron a la Creación de la Comisión, atendiendo a que se consideraba que la existencia de criterios divergentes entre las Comisiones Sectoriales y la CNC, afectaba el mercado. Con lo cual si no se cuenta con mecanismos previamente aceptados para solventar este inconveniente, muy posiblemente los resultados serán peores y los costes “políticos” serán muy superiores a los resultados a obtener<sup>1390</sup>.

Se debe tener presente que los asuntos de conocimiento del Consejo están sujetos a un tipo de procedimiento especificado en las normas; es así como el Capítulo VI del Reglamento Interno de Funcionamiento establece los Procedimiento para la Tramitación de Asuntos. El artículo 29

---

<sup>1389</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL... Op. cit. Pp.15 y ss. Sobre el particular la CNC señaló:

*“El artículo 13 del Estatuto enumera las funciones del Consejo que quedan reservadas al Pleno. La norma remitida para informe se limita a reproducir literalmente el artículo 21.1 de la Ley 3/2013 y añade un segundo párrafo a los apartados b) y c) cuya modificación se propone.*

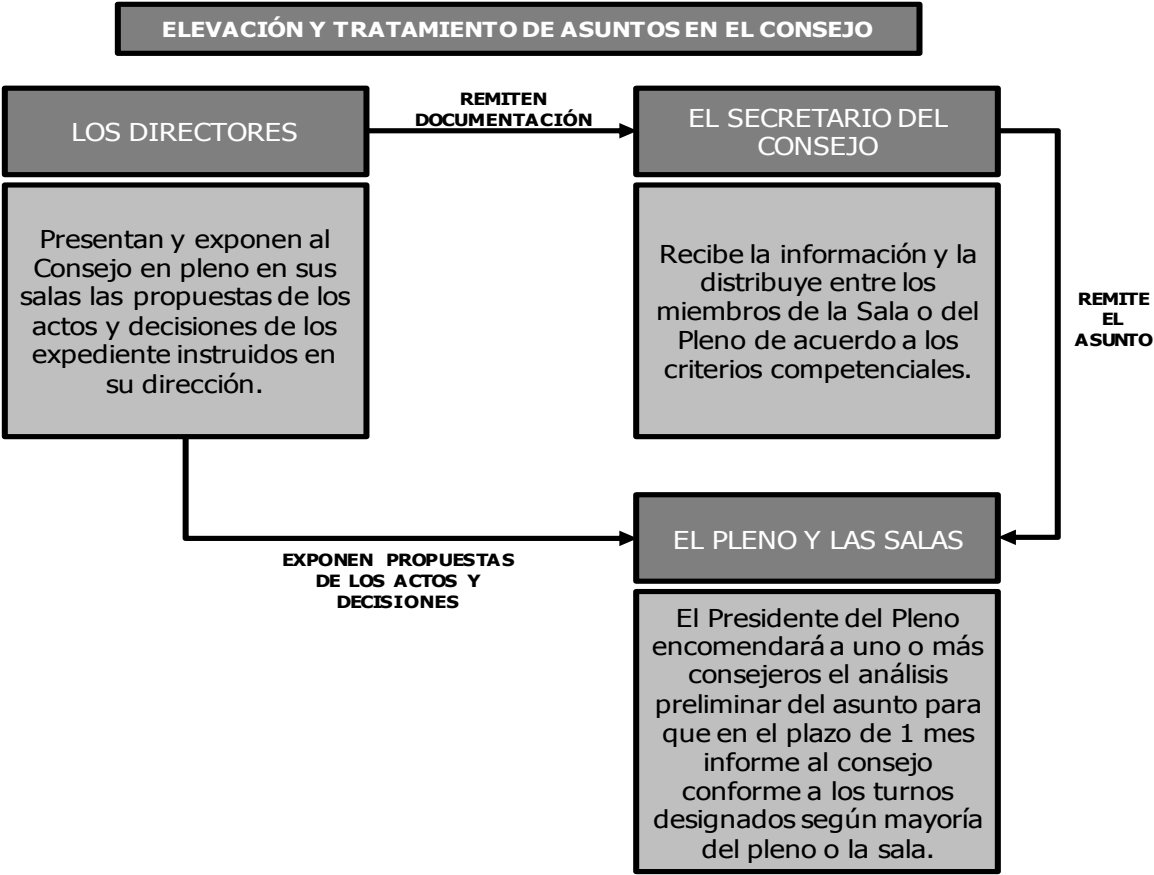
*La propia Ley se ha encargado de delimitar aquellas funciones que quedan reservadas al Pleno del Consejo. Resulta incompatible con la autonomía orgánica y funcional y la plena independencia del organismo consagrados en el artículo 2.1 de la Ley 3/2013 que mediante Real Decreto se concreten los supuestos que deban subsumirse bajo la expresión “divergencia de criterio” (letra b) o aquellos que deban reputarse de “especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados” (letra c) cuando ésta última, además, queda especialmente reservada en la Ley a la apreciación del propio Consejo (“por mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo”).*

*En particular, en lo referente al apartado b), conviene señalar que la seguridad jurídica y la transparencia que el proyecto pretende introducir en la organización y funcionamiento de la CNMC11 resultan incompatibles con la emisión de una divergencia de criterio explícita en el seno de un mismo órgano administrativo. El ordenamiento jurídico prevé supuestos de divergencia entre organismos, así como divergencias entre órganos administrativos. Sin embargo, la Ley configura el órgano como unidad básica en el ejercicio de competencias administrativas*

*12 no resultando acorde con el régimen jurídico común aplicable a los entes de Derecho público la discordancia en la manifestación de juicio, conocimiento o voluntad dentro del propio órgano. Así, sin perjuicio de que la Ley 3/2013 arbitre un funcionamiento entre Pleno y Salas y del proceso de deliberación interna de la voluntad que deba finalmente plasmarse como concreto ejercicio de la competencia que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano, el correcto funcionamiento de la CNMC exige que la “divergencia de criterio” dentro de un mismo órgano (su Consejo) no se traduzca en la “emisión de un informe desfavorable” por una de las Salas [tal y como prevé el artículo 13.1.b) párrafo segundo del Estatuto]. Por el contrario, dicha “divergencia de criterio” (art. 21.1.b de la Ley 3/2013) deberá conducir al sometimiento de la cuestión al Pleno del Consejo, resultado que en definitiva pretende la redacción propuesta del artículo 13.b) del Estatuto remitido para informe.”*

<sup>1390</sup> *Ibíd.* Pp. 17. Quien precisa que la existencia de criterios discordantes no garantiza la eficacia y la seguridad jurídica que se indica en la exposición de motivos de la Ley de creación de la CNMC principalmente en los sectores de supervisión regulatoria.

determina cómo será la elevación y tramitación de asuntos en el Consejo, que se puede sintetizar en el siguiente cuadro:



**Cuadro 44 - Fuente Reglamento Interno de Funcionamiento de la CNMC – Creación Propia: Elevación y Tratamiento de Asuntos en el Consejo.**

Respecto al sistema propuesto, facultades y funciones atribuidas al Consejo, nos adherimos a las reflexiones que sobre el particular elaboró en su momento la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>1391</sup> y la Comisión Nacional de Competencia<sup>1392</sup>, donde se indicaba que son excesivas las competencias atribuidas al Consejo, atendiendo a que muchas de sus atribuciones son indelegables, sumando a que los Consejeros a su vez harán parte de las Comisiones sectoriales que serán las encargadas de definir la política regulatoria de cada uno de los sectores.

<sup>1391</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación. Óp. cit. 104 y ss.

<sup>1392</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO DE LEY... Óp. cit. Pp. 9 y ss.- 27 y ss.



Y si tenemos en cuenta la incertidumbre sobre la capacidad de los Consejeros de resolver sobre todos los asuntos sometidos a su conocimiento, cuando muchos de los asuntos requieren soluciones de manera ágil, lo que no podría ser alcanzado bajo la estructura propuesta en el Anteproyecto y que pretendieron ser solventadas durante el trámite parlamentario y que el Estatuto Orgánico no corrigió.

Se podría concluir que la nueva estructura es una fusión entre varios organismos existentes, sin contar con una clara delimitación de las funciones y competencias entre los diversos organismos que la conforman. “*En cambio, en el APL sometido a informe, se ha producido lo que podría denominarse una “deslegalización” de la estructura organizativa que, sin atención a competencias sustantivas, se deja para el Reglamento. **Es decir, ya no es el legislador,** sino el Gobierno, el que concretará porque órganos y en qué términos se tramitarán los procedimientos en materia de defensa de la competencia*”<sup>1393</sup>.

*En cambio, el Consejo de la CNMC, si no se quiere colapsar el ejercicio de las funciones que viene realizando el actual Consejo de la CNC, deberá reunirse semanalmente, ya que se han atribuido al Consejo de la CNMC como competencias indelegables las funciones esenciales que actualmente realiza el Consejo de la CNC. Sin embargo, el Anteproyecto plantea que los miembros del Consejo, o una parte de ellos, formen parte también de la Comisión Ejecutiva que debería reunirse con una frecuencia al menos de una vez por semana. Y más aún, también deberán formar parte de las Comisiones Delegadas Sectoriales, órganos que deberán adoptar las decisiones asociadas a las funciones de carácter regulatorio de los actuales organismos sectoriales la CMT, la CNE y la CNSP y las correspondientes a los sectores de audiovisual y transportes, funciones que el Anteproyecto considera funciones indelegables del Consejo*<sup>1394</sup>.

Sumado a las anteriores consideraciones, en las enmiendas presentadas y que fueron incorporadas al proyecto, se suman algunas competencias al Pleno como lo son la aprobación de las cuentas, los planes de actuación y memorias o los nombramientos de personal, entre otras cosas. También será el encargado dirimir las controversias que puedan originarse entre las salas, además, se hará cargo de los asuntos en los que haya divergencia de criterios entre las Salas.

Asimismo, adoptará las funciones que, por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados, recabe para sí el Pleno por mayoría de seis votos a propuesta del Presidente o de tres Consejeros. Por su parte, las Salas conocerán todos los demás asuntos y, reglamentariamente, se determinarán las materias que, correspondiendo a una Sala, se deberá informar a la otra.<sup>1395</sup>

---

<sup>1393</sup> Ibídem. Pp., 9.

<sup>1394</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación. Óp. cit. 104.

<sup>1395</sup> EUROPA PRESS. “*El Congreso podrá vetar a los consejeros del nuevo organismo regulador que proponga el Gobierno*”. Disponible en: <http://www.labolsa.com/noticias/20130226133746001/el-congreso-podra-vetar-a-los-consejeros-del-nuevo-organismo-regulador-que-proponga-el-gobierno/> [en línea] (Consultado el 03/03/2013)

Atendiendo a las recomendaciones dadas por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, al Anteproyecto donde se hacía alusión a las funciones de la Dirección competente para la instrucción<sup>1396</sup>, con el fin de poder garantizar la aplicación efectiva de la Ley de Defensa de la Competencia, se puede efectuar una distinción efectiva entre las funciones que serán ejercidas por parte del Consejo y del órgano de instrucción con el fin de contar con una distribución adecuada de competencias dentro de la misma Comisión. Estas recomendaciones sumadas a las presentadas por parte del Comisión Europea, condujeron a que se modificara la estructura precisando que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contará con dos secciones una de ellas dedicada asuntos de Competencia con una dirección de instrucción<sup>1397</sup>.

#### **6.1.2.2. Presidente y Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

##### **a. Presidente de la Comisión**

La Comisión será presidida por parte del Presidente cuyas funciones se encuentran consagradas en los artículos 13 y 19<sup>1398</sup> de la Ley. Estatuto Orgánico, replica en el artículo 15 lo previsto en el artículo 13 de la Ley, en la que se indica que el Presidente es el órgano de gobierno de la Comisión Nacional de la Competencia. Asimismo, será el Presidente del Pleno del Consejo y de la Sala de Competencia y ejercerá las funciones de dirección y representación de la Comisión<sup>1399</sup>.

Las funciones del Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1400</sup>, pueden clasificarse en dos grupos y la Competencia, las cuales hemos clasificado en dos grupos: Las que corresponden como Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y las que se entraban con los demás órganos de la Administración del Estado y las que tienen que ver como Presidente del Consejo o tienen incidencia con el correcto funcionamiento del mismo:

---

<sup>1396</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO DE LEY... Óp. cit. Pp. 30 y ss.

<sup>1397</sup> EUROPA PRESS. “El Congreso podrá vetar a los consejeros del nuevo organismo regulador que proponga el Gobierno”. Disponible en: <http://www.labolsa.com/noticias/20130226133746001/el-congreso-podra-vetar-a-los-consejeros-del-nuevo-organismo-regulador-que-proponga-el-gobierno/> [en línea] (Consultado el 03/03/2013)

<sup>1398</sup> Artículo 19. Funciones del Presidente.

<sup>1399</sup> Artículo 19. Funciones del Presidente.

<sup>1400</sup> Las funciones que se atribuyen al Presidente fueron modificadas o adicionadas conforme a las redacciones propuestas en los diversos informes elaboradas por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y Comisión Nacional de la Energía, atendiendo a que la redacción propuesta generaba redundancias o un solapamiento entre las funciones asignadas al Presidente y al Consejo

<b>FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA</b>	
<b>PRESIDENTE DE ORGANO COLEGIADO</b>	Ejercer, en general, las competencias que a los presidentes de los órganos colegiados administrativos atribuye la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común <sup>1401</sup> .
<b>PRESIDENTE DEL CONSEJO DE LA COMISIÓN</b>	Convocar al Consejo en pleno por propia iniciativa o a petición de, al menos, la mitad de los consejeros, y presidirlo.
	Ostentar la presidencia del Consejo de Defensa de la Competencia.
	Proponer al Pleno del Consejo de la CNMC el nombramiento y cese del Secretario del Consejo, de los Directores de Instrucción y del resto del personal directivo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
	Convocar y presidir el Consejo de la CNMC en pleno y la Sala de Competencia, fijando el orden del día así como dirigir el desarrollo de los debates y suspenderlos o levantarlos por causas justificadas.
	Dirimir los empates con su voto de calidad.
	Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del Pleno y de la Sala de Competencia.
	Coordinar, con la asistencia del Secretario del Consejo, el correcto funcionamiento de las unidades de la Comisión.
	Presentar al Consejo de la CNMC para su aprobación el anteproyecto de presupuestos del organismo.
	Proponer al Consejo la aprobación y la modificación del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC.
	Ejercer las competencias que le delegue el Consejo de la CNMC.
	Cuantas funciones le delegue el Consejo.

<sup>1401</sup> LEY 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (BOE núm. 285 de 27/11/ 1992).

#### Artículo 23 Presidente

1. En cada órgano colegiado corresponde al Presidente:

- Ostentar la representación del órgano.
- Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.
- Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.
- Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, excepto si se trata de los órganos colegiados a que se refiere el número 2 del artículo 22, en que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.
- Asegurar el cumplimiento de las leyes.
- Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.
- Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano.

2. En casos de vacante, ausencia, enfermedad, u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda, y en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes.

Esta norma no será de aplicación a los órganos colegiados previstos en el número 2 del artículo 22 en que el régimen de sustitución del Presidente debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por acuerdo del Pleno del órgano colegiado.

Artículo 23 declarado contrario al orden constitucional de competencias por Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1999, 6 abril («B.O.E.» 27 abril).

<b>PRESIDENTE DE LA COMISIÓN</b>	Ostentar la representación legal e institucional de la CNMC <sup>1402</sup> .
	Velar por el adecuado desarrollo de las actuaciones de la Comisión, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.
	Mantener el buen orden y gobierno de la organización de la Comisión.
	Impulsar la actuación de la Comisión y el cumplimiento de las funciones que tenga encomendadas. En particular, la propuesta de los planes anuales o plurianuales de actuación, en los que se definan sus objetivos y prioridades.
	Ejercer funciones de jefatura del personal de la Comisión, de acuerdo con las competencias atribuidas por su legislación específica.
	Dirigir, coordinar, evaluar y supervisar las distintas unidades de la Comisión, sin perjuicio de las funciones del Consejo; en particular coordinar, con la asistencia del Secretario del Consejo, el correcto funcionamiento de las unidades de la Comisión.
	Aprobar los actos de ejecución de los presupuestos de la Comisión.
	Ser órgano de contratación del organismo, aprobar los gastos y ordenar los pagos y movimientos de fondos correspondientes, y efectuar la rendición de cuentas del organismo de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre <sup>1403</sup> .
	Ejercer las competencias que le correspondan en la contratación de la Comisión.
	Celebrar, en el ámbito de sus competencias, convenios con entidades públicas y privadas.
	Convocar y resolver los procesos de provisión de puestos de trabajo que integren al personal de la CNMC así como contratar al personal al servicio de la CNMC en el ámbito de sus atribuciones.
	Aprobar el nombramiento y el cese del personal no directivo, las propuestas de relaciones de puestos de trabajo, la distribución del complemento de productividad y otros incentivos al rendimiento, dentro de la cantidad autorizada a estos efectos, ejercer la potestad disciplinaria, acordar la separación del servicio, y la suspensión de funciones y ejercer las competencias que, en materia de personal, atribuye la normativa de la función pública a los Subsecretarios de los departamentos ministeriales, sin perjuicio de las competencias atribuidas a los Directores de Instrucción en el artículo 19 de este Estatuto.
	Comunicar al Ministro de Economía y Competitividad, y en su caso a los titulares de otros ministerios relacionados, los acuerdos adoptados por el Consejo sobre los que tales órganos deben conocer.

---

<sup>1402</sup> En cuanto a la representación de la entidad en la primera versión del Anteproyecto de Ley, hoy convertida en la Ley 3/2013 por la que se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, no precisaba quien asumía representación de la entidad.

<sup>1403</sup> LEY 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. (BOE núm. 284 de 27/11/ 2003). Artículo 137 (obligación a rendir cuentas), 138 (Cuentadantes) y 139 (Procedimiento de rendición de cuentas).

	Elevar al Ministerio de Economía y Competitividad informe sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de actos o resoluciones de la Comisión <sup>1404</sup> .
	Resolver recursos contra actos y las decisiones adoptados en materias de su competencia.
	Ejercer todas aquellas funciones no atribuidas expresamente a otros órganos de la CNMC y las competencias que le confiera su Reglamento de Funcionamiento Interno.
	Ejercer las demás funciones que atribuya el ordenamiento vigente al Presidente de la CNMC.
<b>INFORMACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS</b>	Dar cuenta al titular del Ministerio de adscripción de las vacantes que se produzcan en el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
	Comparecer ante el Parlamento en los términos previstos en esta Ley.
	Efectuar la rendición de cuentas de la Comisión, de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.[3]

<sup>1404</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL... Op. cit. Pp. 20 y ss. En dicho informe se precisa que era necesario que se incorpora una nueva redacción, atendiendo a que el Presidente como representante de la entidad podría resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de actos o resoluciones de la Comisión, en el entendido que la Comisión cuenta con personalidad jurídica propia tal como se prevé en la Ley de creación de la entidad. La reacción que fue aprobado viene a reflejar un menoscabo e intromisión del Gobierno en asuntos que son propios y corresponden de la incumbencia de la propia Comisión y de un Ministerio. Sobre el particular la CNC preciso:

*“Por último, la letra r) atribuye al Presidente la función de “elevar al Ministro de Economía y Competitividad informe sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de actos o resoluciones de la Comisión”. El artículo 142 de la Ley 30/1992 contempla la posibilidad que la facultad resolutoria en materia de responsabilidad patrimonial pueda ser atribuida directamente a los organismos públicos con personalidad jurídica propia. En la actualidad esta competencia es ejercida por la CNC, a través de su Presidente. El principio de independencia sobre el que se basa el nuevo diseño institucional llamado a velar por el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos (art. 1.2 Ley 3/2013) exige que la competencia para resolver los expedientes de responsabilidad patrimonial se residencie en el propio organismo, atribuyendo. Por último, la letra r) atribuye al Presidente la función de “elevar al Ministro de Economía y Competitividad informe sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de actos o resoluciones de la Comisión”. El artículo 142 de la Ley 30/1992 contempla la posibilidad que la facultad resolutoria en materia de responsabilidad patrimonial pueda ser atribuida directamente a los organismos públicos con personalidad jurídica propia. En la actualidad esta competencia es ejercida por la CNC, a través de su Presidente. El principio de independencia sobre el que se basa el nuevo diseño institucional llamado a velar por el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos (art. 1.2 Ley 3/2013) exige que la competencia para resolver los expedientes de responsabilidad patrimonial se residencie en el propio organismo, atribuyendo su ejercicio concreto a su Presidente. Siendo ello así, se propone modificar el apartado 16.2.r) con la siguiente redacción:  
r) Resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de actos o resoluciones de la Comisión.”*

<b>OTRAS FUNCIONES</b>	Cualesquiera otras que le atribuya el Estatuto al que se refiere el artículo 26 o el Reglamento de funcionamiento interno.
------------------------	--

**Cuadro 45 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones del Presidente de la CNMC.**

**b. Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.**

La Ley asigna dos funciones al Vicepresidente, la primera la de reemplazar al Presidente en los casos de ausencia, vacancia o enfermedad y la segunda la de presidir la Sala de Supervisión Regulatoria, ahora bien, estas dos funciones vienen a ser complementadas con las asignadas en el artículo 16 apartado 1 del Estatuto Orgánico de la Comisión.

El Vicepresidente ejercerá las siguientes funciones:

- a) Colaborar con el Presidente en cuantas tareas le sean requeridas.
- b) Sustituir al Presidente en los caso de vacante, ausencia o enfermedad.
- c) Convocar y presidir la Sala de Supervisión regulatoria, así como dirigir el desarrollo de los debates y suspenderlos o levantarlos por causas justificadas.
- d) Dirimir con su voto los empates de calidad de la Sala de Supervisión regulatoria.
- e) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos de la Sala de Supervisión regulatoria.
- f) Ejercer las funciones que le delegue el Presidente o el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- g) Ejercer las demás competencias que sean inherentes a su condición de Vicepresidente y las que le confiera el Reglamento de funcionamiento interno de la Comisión.

Al igual que en el caso del Presidente se prevé un mecanismo en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, en especial cuando estos supuestos afecten la Presidencia de la Sala de Supervisión regulatoria, para lo cual se indica que ante su ausencia este será reemplazado por el Consejo de la Sala de Supervisión con mayor antigüedad y, a igual antigüedad, el de mayor edad.

Asimismo, se precisa que al igual que el Presidente de la Comisión este contara con un Gabinete que lo asistirá en los asuntos de su conocimiento.

La estructura prevista en la Ley, nos permite concluir de forma anticipada que el diseño propuesto no garantiza que esta Comisión pueda asumir todas y cada una de las funciones, atribuciones y competencias de los diversos órganos regulatorios, lo cual requería un diseño institucional adecuado a la necesidades y funciones exigibles, sin duda mucho más complejo,

salvo politización o subordinación a los técnicos, y tampoco se precisa como podrían ser incorporadas las estructuras internas de las actuales comisiones en el nuevo modelo<sup>1405</sup> atendiendo a que no cuentan con criterios uniformes entre sí y son diferentes entre ellas, el patrimonio, los recursos financieros y humanos provenientes de cada Organismo Regulador. Ciertamente la estrategia, voluntad e ideología, ayudan a solventar los problemas y cuestiones que surjan, pero a costa de criterios técnicos que son los que a la postre justifican lo que ha venido en denominarse “Estado neutral”.

La Ley tal como se encuentra redactada no permite inferir cómo será el funcionamiento, las relaciones entre los diferentes órganos de la entidad, ni cómo será el desarrollo de la misma, atendiendo al sinnúmero de competencias que pretenden ser concentradas en la mencionada Comisión<sup>1406</sup>. Al mismo tiempo, la distribución de competencias realizadas entre los dos Órganos de Gobierno depende del margen de discrecionalidad que se le dejó al Gobierno en el Estatuto Orgánico<sup>1407</sup> de la Comisión de los Mercados y la Competencia, donde se especifica la distribución de asuntos, la estructura interna de las Direcciones de instrucción y demás áreas de responsabilidad, cualquiera que sea su denominación, al frente de las cuales se designará al personal directivo de las diferentes direcciones, comisiones sectoriales, comités consultivos y comisión ejecutiva. Ahí se establece en primer lugar la asignación de las facultades reconocidas a la entidad, la asignación del personal y patrimonio a cargo de la Comisión y, como un tercer elemento a ser tenido en cuenta, que debido al tamaño de la entidad cuenta con mayores inconvenientes en su forma de gestión que no se encuentran claramente delineados o definidos en la Ley.

En el ámbito de las competencias del Presidente, se cuenta con un listado taxativo de las mismas, donde se encuentra las de representar institucionalmente a la Comisión, de representar institucionalmente a la Comisión, de mantener el buen orden y gobierno de la organización de la Comisión, el de dirigir la ejecución del presupuesto, la de efectuar la rendición de cuentas de la Comisión, dirigir, coordinar, evaluar y supervisar las distintas unidades de la Comisión sin perjuicio de las funciones del Consejo.

El primer Anteproyecto consagraba la figura del Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados Competencia, posteriormente fue eliminado y fue incorporada en el proyecto remitido a estudio por las Cortes y que fue aprobado, el cual será elegido bajo el mismo procedimiento previsto para el nombramiento del Presidente, el cual ejercerá las funciones a cargo del Presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal, en el proyecto se hace referencia muy sucinta en los artículos 18 y 19 de texto pero sin precisar funciones. Pero bajo las nuevas modificaciones incorporadas en la tramitación legislativa producto de los requerimientos presentados al Proyecto de Ley por parte de la Comisión Europea se entiende

---

<sup>1405</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación. Óp. cit. 102 y ss.

<sup>1406</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO DE LEY... Óp. cit. Pp.4.

<sup>1407</sup> Artículo 26. Estatuto Orgánico y Reglamento de funcionamiento interno.

que la figura cobra más importancia en el sentido de que no solo reemplazará al Presidente en determinados eventos, sino que presidirá la sección de reguladores sectoriales, de allí que para su designación será muy importante que éste cuenta con conocimientos generales en regulación atendiendo que serán de su conocimiento las funciones que se prevén en la Ley en materia de Supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas (artículo 6; Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural (artículo 7); Supervisión y control del mercado postal (artículo 8); Supervisión y control en materia de mercado de comunicación audiovisual (artículo 9); Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias (artículo 10) y Supervisión y control en el sector ferroviario (artículo 11).

En lo que corresponde a las dos secciones es necesario precisar que la Sala de Competencia debe informar de los asuntos de supervisión regulatoria que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados y la Sala de Supervisión Regulatoria informará de procedimientos de defensa de la competencia relacionados con los sectores regulados, tanto en operaciones de concentración en segunda fase como en expedientes sancionadores por conductas restrictivas a la competencia, ambas compuestas por 5 miembros, que rotaran con el fin de evitar la captura del regulador .

Para concluir lo relacionado con los Órganos de Gobierno, donde se precisa el período por el que serán designados los miembros del Consejo, el Presidente y el Vicepresidente, debemos hacer alusión a las Disposiciones Transitorias. Disposición transitoria primera. Primer mandato de los miembros de la Comisión Nacional de Mercados y competencia y la Disposición transitoria segunda. Designación del primer Presidente y Vicepresidente. Estas dos disposiciones, hacen referencia cómo será el funcionamiento de la Comisión una vez se ponga en marcha la entidad, indicando que en la primera reunión que se celebre por parte del Consejo, se determinará ya sea por sorteo o de forma voluntaria, cuáles serán los consejeros que cesarán en su cargo una vez trascurren dos años desde su nombramiento y los tres que cesarán transcurrido el plazo de 4 años, permitiendo que los Consejeros que se han visto afectados por la primera renovación parcial puedan ser reelegidos por un nuevo mandato de seis años. Respecto a la designación del Primer Presidente y del Vicepresidente, se indica que para esta primera elección no se tendrá en cuenta que estos hayan desempeñado sus funciones como consejeros durante los dos años previos a su designación.

Sumado a las anteriores consideraciones contenidas en las disposiciones adicionales, en cuanto a la puesta en marcha de la nueva entidad. El Estatuto Orgánico en su Disposición adicional primera establece el sistema de retribuciones, la Ley, solo establecía el sistema de indemnizaciones una vez el Presidente, Vicepresidente y Consejeros y personal directivo cesen en su cargo. Lo que se viene a determinar que su retribución corresponderá a la de un alto cargo de la administración, conforme a lo dispuesto en Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.



### 6.1.3. Órganos de Dirección

El artículo 25 de la Ley se rotula “Órganos de dirección”<sup>1408</sup>, las cuatro Direcciones de instrucción con las que contará la Comisión, constituyéndose en una de las modificaciones más importantes que sufrió el Proyecto en su camino hasta convertirse en Ley, producto de las objeciones presentadas por parte de las diferentes Comisiones en sus informes, en los que señalaba que del texto sometido a sus análisis se limitaba a indicar que se podría prever la creación de unas Comisiones Delegadas Sectoriales, lo cual no permitía determinar qué dependencia asumiría el conocimiento de los asuntos y funciones que se adjudicaría la Comisión.

Lo cual era ilógico por dejar inacabada la fórmula organizativa, ya que el Consejo de esta nueva entidad tendría el conocimiento de todos los asuntos sometidos a su consideración y que tal como conocemos indicó el Consejo de Estado, particularmente en la forma de designación de los Directores, resultaba que había sido encomendada al Gobierno la tarea de designar a tales Directores y definir la organización de las Direcciones, transgrediendo así el principio de autonomía en la designación del personal característico de este tipo de Organismos Independientes<sup>1409</sup>, aspecto que no prosperó y se procedió a que los Directores de dichas Direcciones fueran designados por parte del Consejo previa propuesta del Presidente.

Como lo precisábamos anteriormente, la CNMC contará con cuatro Comisiones de instrucción a semejanza del modelo con el que contaba la extinta CNC que contaba con una Dirección de

---

<sup>1408</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 28-2- Serie A: PROYECTOS DE LEY. 13 de marzo de 2013. ENMIENDAS E INDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO. 121/0000028 Proyecto de Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1) [En línea] (Consultado el 6/06/2013).

<sup>1409</sup> CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados. Op. cit. 37, particularmente se indica por parte del Consejo de Estado a efectos de salvaguardar la independencia de la Comisión, que este personal director Directivo fuera designado por el Consejo o su designación se realizaría mediante convocatoria pública y con los procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito o capacidad. *“Por otra parte, en un aspecto más bien relativo al funcionamiento, debe cuestionarse la ausencia de una mejor definición de los puestos de los directores de instrucción. Nada se dice en el artículo 25 sobre su extracción de ciertas categorías, ni se establece ninguna previsión para asegurar que “ejercerán sus funciones de instrucción con independencia del Consejo” (artículo 25.2): En cuanto a su nombramiento (apartados 3 de ese mismo precepto), se dispone que “serán nombrados y cesados por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Ministerio de Economía y Competitividad, oídos los Ministros componentes por razón de la materia, y previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”. Se considera que mejor quedaría salvaguardada su independencia respecto de este último si se previese la misma regla que para el resto del personal directivo, es decir que la selección de estos directores “se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público” (artículo 26.*

Investigación<sup>1410</sup>, la cual se encargaba de la instrucción de procedimientos para su posterior instrucción por parte del Consejo de Comisión. Dichas Direcciones bajo el modelo previsto en la Ley, asumen la instrucción de los expedientes que posteriormente serán resueltos por parte del Consejo, ejercerán sus funciones independientemente del Consejo, y el Consejo podrá delegar en ellas algunas funciones exceptuando las funciones de desarrollo normativo y Dictamen y las que tienen el carácter de indelegables tal como se encuentran consagradas en el artículo 20 de la citada Ley.

El inconveniente que se da con relación a tres direcciones de instrucción en materia regulatoria, es que su incorporación en la estructura de la Comisión se dio en etapas tardías de la tramitación Parlamentaria. Ello llevó a que se considerara por parte del Legislador, la conveniencia de replicar el modelo de la Dirección de Competencia para los demás sectores, sin atender a la naturaleza jurídica de las funciones desempeñadas por parte de las Comisiones que se fusionaban y muchos menos la experiencia internacional, donde particularmente, en el modelo holandés, la ACM que asume las competencias y funciones de la antigua Autoridad del Consumo, de la Autoridad de Competencia y del Sector de las Telecomunicaciones, optó por conservar los procedimientos y formas en que se llevaban los asuntos por las tres entidades a la espera de la aprobación por parte del Parlamento de un régimen de procedimiento único replicable a los asuntos de la Comisión. Este aspecto no se tuvo en cuenta en la creación de la CNMC, de ahí que las tres Direcciones restantes, no cuenten con tipo de reconocimiento legal en materia de procedimiento administrativo, de allí que sea necesario que se introduzca su reconocimiento y su régimen de actuación<sup>1411</sup>.

El objetivo de su creación es separar la fase de instrucción y la fase de decisión con el fin de contrarrestar la concentración de poder en el Consejo de la Comisión<sup>1412</sup> y de que los Consejeros asumieran la dirección de las áreas que la Ley asignó al personal directivo de la Comisión.

El modelo aprobado incorpora en el seno de la Comisión un procedimiento de carácter sancionador típico del procedimiento administrativo sancionador característico del Derecho de la Competencia, dando un papel primordial a los Directores de Instrucción, como conocedores de cada uno de los sectores regulados.

A juicio de MONTERO PASCUAL<sup>1413</sup>, hay que indicar los inconvenientes de que los asuntos regulatorios no pueden analizarse desde esta perspectiva, en razón de no existe separación entre una etapa de instrucción y de resolución conforme a los plazos previstos dentro del procedimiento sancionatorio.

---

<sup>1410</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op. cit. Pp. 90 y ss.

<sup>1411</sup> Ibid. Pp. 102 yss

<sup>1412</sup> Ib. Pp. 65 y ss. “La separación entre la fase de instrucción y decisión se introduce supuestamente para contrarrestar la concentración de poder. La instrucción de los expedientes la realizarán los cuatro denominados Directores de Instrucción, que son declarados independientes del Consejo. El Consejo, por su parte, se limitará a adoptar las decisiones a partir de la instrucción realizada”.

<sup>1413</sup> Ibid. Pp. 90.

Sumados a los inconvenientes que supone la incorporación del procedimiento sancionador y las fases del mismo en una misma entidad donde confluyen culturas diametralmente opuestas entre Regulación y Competencia.

El verdadero inconveniente está dado por el escaso conocimiento de los miembros del Consejo y por consiguiente las decisiones serán tomadas en sede de instrucción, y la labor de los miembros del Consejo consistirá en revisar lo realizado y adoptar la decisión propuesta<sup>1414</sup>,

Y la desvinculación del Presidente en los procedimientos no sancionadores, puede conducir a que la labor de la Comisión sea realmente cuestionada y los objetivos de la reforma como lo son contar con un marco regulatorio sin contradicciones, en aras de garantizar la seguridad jurídica puede conducir a que el mercado pueda verse realmente afectado y no se logre en modo alguno el objetivo propuesto.

En cuanto a su personal directivo, éste será designado por parte del pleno del Consejo de la Comisión, tal como se prevé en el artículo 26.3 de la Ley, pero no se especifica cuáles son las cualidades que deben tener los Directores de las Dirección de instrucción para acceder al cargo, tal como había sido referido por el Consejo de Estado en su Dictamen, en el que se indica que éstos no estarán sujetos a los procedimientos previsto en la Ley 7/2007<sup>1415</sup>, donde se precisa que el personal directivo será seleccionado mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Es realmente arduo decidir si es correcto o no, apostar por el personal funcionario cuando se trata de tareas altamente especializadas que exigen conocimiento previo del sector. Probablemente la fórmula utilizada de establecer una regla general – funcionario – y una

---

<sup>1414</sup> Ibíd. Pp. 66. “La extensión de la figura del Director de Instrucción a las funciones de regulación sectorial no parece muy meditada. Por una parte, la excepcional discrecionalidad que caracteriza la actividad reguladora exige como garantía un reforzamiento del principio de inmediación. Resulta imprescindible que el órgano decisor tenga el más cercano conocimiento del sector regulado y de las circunstancias de cada expediente, al de esa en la situación de realizar el delicado y complejo juicio de proporcionalidad que caracteriza la actividad reguladora. Es por este motivo que en los Estados Unidos son frecuentes las vistas en los procedimientos de las Administraciones reguladoras. La separación entre instrucción y decisión rompe con la garantía de inmediación y reduce la transparencia en la toma de decisiones”.

<sup>1415</sup> Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89 de 13/04/2007). Personal directivo

Artículo 13 Personal directivo profesional

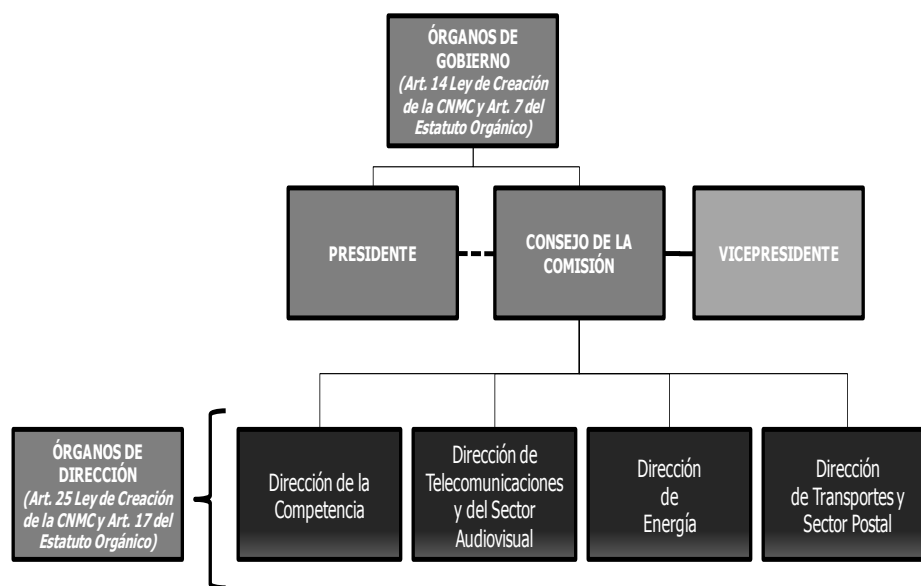
El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.
4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

excepción singular para determinados supuestos, sea la más correcta. Pero siempre que exista verdadera transparencia, concurrencia, publicidad que determinen la excelencia en competencia con otros del directivo elegido. De nuevo, apuntamos por enésima vez la fórmula propuesta de la CRESAP ya comentada, en la seguridad de que permitiría llamar a los mejores, donde quiera que se encuentren, para conseguir su incorporación a estas complejas tareas.

Los Directores de Instrucción ejercerán sus funciones de manera exclusiva, estarán sujetos al mismo régimen de incompatibilidades previstos para los consejos de acuerdo a lo previsto en la Ley 5/2010, a la cual hicimos referencia cuando comentábamos los artículos 22 y 23 de la Ley.

Estas cuatro direcciones que, consagra la Ley y cuyas funciones vienen a ser determinadas por el Estatuto Orgánico<sup>1416</sup>, como se indican en el artículo 17 de este instrumento legal<sup>1417</sup> constituyen el entramado básico, cotidiano, continuo de la Comisión. Y dada su especialidad, unida a la previsible falta de la misma en el Consejo, ya que no es posible que alguien sepa de todo, salvo decisiones politizadas, por lo que será difícil en los temas habituales apartarse del criterio técnico. De ahí la importancia de la transparencia en los criterios técnicos de las Direcciones, debiéndose conocer con claridad y amplitud cuál ha sido su Informe elevado al Consejo.



**Cuadro 46 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Organos de Dirección.**

<sup>1416</sup> REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013).

<sup>1417</sup> 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, son órganos de dirección de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, las Direcciones de Instrucción:

- a) La Dirección de Competencia.
- b) La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.
- c) La Dirección de Energía.
- d) La Dirección de Transportes y del Sector Postal.

Una de las grandes críticas respecto a este artículo es que presenta a unas Direcciones vacías y sin ningún tipo de estructura interna, la cual permitiría inferir como se realizará cada la distribución competencial y cómo se garantizaría la instrucción efectiva de los asuntos objeto de su conocimiento. Se ha llenado así por vía reglamentaria, es decir, gubernamental, este cometido, a través del Estatuto. No se especifica tampoco, como se indicaba en el proyecto presentado en el Congreso en el mes de Octubre, el mandato que tendrán los Directores de Instrucción, ya que en el proyecto se indicaba que su mandato sería por cuatro años renovable por períodos de tiempo. No se determina un sistema de recursos respecto de los actos que sean resueltos por parte de dichas Direcciones, ni si efectivamente existe una relación de jerarquía ente las Direcciones y el Consejo y si este último puede apartarse o no de la propuesta que se presente por parte de la Dirección; tampoco queda resuelto si el Consejo es competente para resolver los recursos que se interpongan contra los actos que se expidan por parte de estas Direcciones. Nos remitimos a lo ya indicado.

La reproducción literal del modelo previsto en la CNC conforme a los criterios previstos en la Ley 15 de 2007, no se corresponde con un modelo donde confluyen funciones de regulación ajenas al modelo propio de la Competencia, como son la potestad de resolver conflictos o la potestad arbitral, que dista del modelo previsto en la Legislación de Competencia.

Otro de los aspectos cuestionados a juicio de MONTERO PASCUAL<sup>1418</sup>, consiste en que la Ley no delimita el procedimiento a seguir. *La LCCNMC no define los procedimientos de actuación de la CNMC sino que parte de los procedimientos ya definidos en la normativa propia de cada sector. Las normativas no contemplan una fase específica de instrucción, que deba ser concluida con una propuesta de resolución, y una fase de resolución que permita una revisión de los elementos de hechos, incluso la instrucción de nuevas pruebas, una reconsideración del análisis de la instrucción y finalmente de una decisión.*

Además son escasos los tiempos en los que los miembros de las Salas pueden conocer los expedientes y las etapas seguidas en la instrucción para adoptar una decisión definitiva.

El verdadero papel de la CNMC, se encuentra en la labor que se realice por parte de las Direcciones de Instrucción y de su propuesta de resolución del caso; sin perjuicio de las decisiones del Consejo, que difícilmente podrán atender a los múltiples asuntos con conocimiento de causa suficiente, salvo, insistimos, seguimiento de instrucciones políticas o vinculadas con la política, lo cual, inevitablemente, se dará en cuanto una Resolución, por la razón que sea, interese directamente políticamente. No habrá argumentos técnicos capaces de resistir una presión de tal naturaleza, al ser funcionarios subordinados quienes manejen dicha técnica y el nivel de decisión superior permanece forzosamente abstraído de tales conocimientos.

---

<sup>1418</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia....* Op. cit. Pp. 91.

Sumado a las interiores consideraciones, la creación de estas Direcciones aumentan los problemas que pueden generarse al mezclar indebidamente Regulación y Competencia también en el aspecto procedimental.

Se observa la clara tendencia que adoptada por parte del Legislador de preferir una estructura cuyo sustrato es el procedimiento administrativo sancionador, respecto a funciones y postestades que no tienen esta naturaleza como sucede con la regulación sectorial, donde es indispensable que el órgano decisor tenga una relación directa con los instrumentos necesarios para la adopción de las medidas y el impacto que puede originar en un mercado concreto la implantación de las mismas en el mercado. No es pensable que esté sujeta a la aplicación de plazos perentorios para la adopción de las medidas regulatorias. Un aspecto que dista fundamentalmente entre el procedimiento sancionador del derecho de la competencia, es que las decisiones en materia regulatoria, si bien se encuentran limitados por el marco también del Derecho de la Competencia, cuentan con un amplísimo margen de discrecionalidad para la adopción de los remedios que quieren aprobar para cada mercado en concreto, a diferencia de los procedimientos de instrucción y resolución donde el procedimiento es totalmente reglado y no hay margen a la discrecionalidad.

En el Real Decreto 657/2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión, se establecen las funciones de los Directores, así como las funciones de cada Dirección y su estructura interna, conforme a los criterios previstos en la Sección 4ª denominada “De las Direcciones de instrucción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, donde se especifica, la composición de cada Dirección, las funciones de su Directores de cada Sala y de las funciones asignadas a la mismas<sup>1419</sup>. Pasaremos a precisar los aspectos que desarrolla el Estatuto.

#### **a. Nombramiento**

A partir del artículo 17 se empiezan a precisar la conformación de las cuatro Direcciones de instrucción que precisa la Ley, señalando que éstas contarán con unos Directores, los cuales serán nombrados y cesados por el pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a propuesta de su Presidente, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 apartado tercero<sup>1420</sup>. Su designación corresponde a la potestad autoorganizativa que le ha sido

---

<sup>1419</sup> Sección 4ª De las Direcciones de Instrucción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

<sup>1420</sup> Artículo 26. Estatuto Orgánico y Reglamento de funcionamiento interno.

...

3. Corresponde al personal directivo la dirección, la organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones emanadas del Consejo y del Presidente de la Comisión, sin perjuicio de la debida separación entre las funciones de instrucción y resolución en procedimientos sancionadores.

El personal directivo de otras áreas de responsabilidad diferentes a las Direcciones de instrucción, será nombrado y cesado por el pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a propuesta de su Presidente. La selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la

reconocida a este tipo de entes y que es una de los criterios que garantiza la independencia. Tendrán el carácter de personal directivo tal como se precisa en el Estatuto Orgánico y las personas que a bien se sirven designar deberán ser funcionarios de carrera del subgrupo A1.

En cuanto la independencia que se debe predicar de las Direcciones de Instrucción, la misma Ley en su artículo 25 precisa que éstas ejercerán sus funciones con independencia del Consejo, reservando al Gobierno la estructura interna de cada una de las Direcciones creadas por la Ley, así como las funciones, la organización de la misma. La finalidad de estas reglas es garantizar la independencia de la instrucción como principal actividad de estas Direcciones. Inevitablemente esto supone una clara injerencia gubernamental poco compatible con la autonomía que debería tener una Comisión como la propuesta.

### **b. Funciones**

En cuanto a las funciones de estos Directores, es el artículo 18 del Estatuto donde se establece el alcance de las mismas; se determina que las Direcciones contarán con unas Subdirecciones, la posibilidad de delegar funciones entre las distintas Subdirecciones y que éstas serán coordinadas por el Presidente de la Comisión con el fin de garantizar el correcto funcionamiento de la entidad.

El apartado 1 del artículo 18 alude a tres tipos de funciones generales que desempeñan los Directores de Instrucción. Aparte de detentar la jefatura de cada Dirección, son los encargados de presentar y exponer en el Pleno y en las Salas de la Comisión de los Mercados y la Competencia la propuesta de los actos y decisiones en relación de los expedientes que se han instruidos; como segunda función general, tienen la de asesorar a los órganos de gobierno (Presidente y Consejo de la Comisión) desde un punto de vista técnico y sectorial y como tercera función las competencias que le han sido atribuidas en la Ley y en la normativa aplicable a cada Dirección.

El apartado 2 precisa cuales son las funciones la cuales las podemos clasificar:

---

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley.

FUNCIONES DE LOS DIRECTORES DE INSTRUCCIÓN				
DIRECCION	ACUERDO	PROPONER	INFORMAR	ELABORACION DE INFORMES
a) Dirigir, impulsar y supervisar la actividad de las unidades de su respectiva Dirección.	b) Acordar la redistribución de funciones dentro de su correspondiente Dirección, entre unidades inferiores a subdirección, por necesidades del servicio y en atención al reparto equilibrado de cargas de trabajo, la acumulación de tareas y el aumento de la eficacia, procurando la máxima coordinación con el resto de los servicios de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.	c) Proponer al Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la redistribución de efectivos dentro de su dirección y el nombramiento y cese del personal no directivo de la misma en los puestos de libre designación.  e) Proponer al Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el proyecto de relación de puestos de trabajo del personal de la Dirección.	d) Informar al Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de las necesidades de personal de sus respectivas direcciones con objeto de elaborar la propuesta de la Oferta de Empleo Público.	f) Elevar informe preliminar, en el ámbito de sus responsabilidades, sobre la necesidad, conveniencia y pertinencia de la iniciación del procedimiento para la elaboración de circulares, circulares informativas y comunicaciones.

**Cuadro 47 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones de los Directores de Instrucción.**

El apartado 3 indica que existirán Subdirecciones en cada una de las Direcciones, cuyo personal será nombrado y cesado por el Consejo, a propuesta del Presidente y oído el Director de Instrucción.

El apartado 4 permite, atendiendo a los supuestos previstos en el artículo 13 de la Ley 30/1992, la delegación de las funciones de los Directores de Instrucción.

El apartado 5, faculta a los Directores de Instrucción atendiendo a los criterios de necesidad, la posibilidad de reasignar la instrucción de los procedimientos y resto de funciones entre las distintas Subdirecciones de la respectiva Dirección. Se indica que será “por necesidades del Servicio”, que deberán, a nuestro juicio, ser motivadas específicamente, para conservar la pureza de la Instrucción, esto es, que la transparencia, recién estrenada por Ley, alcance y comience a surtir efectos, evitando el arbitrio en el reparto de asuntos y justificando jurídicamente las decisiones. Hay que empezar a lograr que el Derecho, con Mayúsculas, llegue a los rincones del procedimiento, especialmente en el sancionador, consiguiendo así



reforzar la objetividad y neutralidad, base de la imparcialidad, que se vería mermada si, arbitrariamente, los asuntos, inclusive en este nivel inferior, fueran asignados y retirados por puro capricho u otras razones. (El artículo 20 del citado Reglamento de Funcionamiento, titulado como Reasignación de funciones, atendiendo a lo señalado en este artículo 18.5 del Estatuto Orgánico, insiste en que por necesidades propias del servicio los Directores de Instrucción podrán ser reasignadas la instrucción de los procedimientos y resto de funciones entre las distintas Subdirecciones de la respectiva Dirección de Instrucción).

Y por último, con el fin de contar con un correcto funcionamiento de la entidad, se le asigna al Presidente de la Comisión la coordinación de las Direcciones de Instrucción para su adecuado funcionamiento. Esto es, se dispone de una estructura claramente presidencialista, teniendo en cuenta que tal coordinación siempre planteará problemas en cuanto a su alcance, extensión y límites. Y ello por cuanto si se inmiscuye directamente en algo más que en cuestiones de reparto, supervisión general, orientaciones de futuro (“derecho suave o indicativo pero siempre fuera de un expediente concreto, fuera del presente”), podrá plantearse un conflicto entre su actuación coordinadora y la necesaria separación – y por ende independencia – que ha de tener a su vez, el órgano Instructor. Son variadas y múltiples las posibilidades de coordinación, incluyendo inclusive la posibilidad de cambiar de criterio, pero nunca dentro de un expediente concreto, sino mirando al futuro, estableciendo así ideas programáticas que incluso conviene hacer públicas, pero sin alterar en el curso de un procedimiento la marcha del mismo ni interferir en sus elementos fundamentales, incluido por supuesto el respeto a los precedentes.

Y es que, en efecto, uno de los aspectos más cuestionados en los informes emitidos por los órganos reguladores ahora desaparecidos, se encontraba en que las Direcciones tal como fueron concebidas no cuentan con total capacidad e independencia como órgano instructor, debido a la posible intromisión del órgano de resolución y la separación entre los órgano de instrucción y de resolución de procedimientos sancionadores. Ello, en parte, se ve afectado ya por la capacidad que tiene el Consejo de poder nombrar y cesar los Subdirectores de las diversas Direcciones. A juicio de la Comisión Nacional de Competencia<sup>1421</sup>, el Gobierno realizó una inadecuada lectura de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercado la Competencia, particularmente lo previsto en el artículo 26.3<sup>1422</sup>, en que se podría considerar que habilita a los Directores de Instrucción la posibilidad de nombrar y cesar a sus Subdirectores, sin desconocer la posibilidad que tiene tanto el Presidente como el Consejo de intervenir en cada Dirección. Lo que se debe garantizar conforme quedó redactado el Estatuto Orgánico, es el papel preponderante de la intervención de los Directores en la designación del

---

<sup>1421</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Op. cit. Pp. 21 y 22.

<sup>1422</sup> Artículo 26. Estatuto Orgánico y Reglamento de funcionamiento interno

3. Corresponde al personal directivo la dirección, la organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones emanadas del Consejo y del Presidente de la Comisión, sin perjuicio de la debida separación entre las funciones de instrucción y resolución en procedimientos sancionadores.

personal que hará parte de sus Subdirecciones, con el fin de garantizar su independencia y que las personas que sean designadas cuenten con el bagaje necesario e indispensable para las funciones atribuidas a cada Subdirección.

Otro aspecto que suscita crítica, es que en aras de reducir considerablemente ciertos órganos por razones de ahorro, no hay suficientes Subdirecciones ni en materia de competencia ni en la que corresponde a los sectores regulados<sup>1423</sup> con los inconvenientes provenientes de la imposibilidad que tiene el Director correspondiente, de nombrar a su equipo, lo cual puede menoscabar en la labor de instrucción y resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento.

El capítulo IV del Reglamento Interno, precisa en su artículo 15 denominado Funciones de las Subdirecciones, que cada una de ellas tendrá una funciones específicas, atendiendo a lo consagrado en el Estatuto Orgánico y lo decidido por parte del Consejo en Pleno a propuestas del Presidente y del Director correspondiente, se establecerán la funciones que corresponderán a las Subdirecciones.

#### **6.1.3.1. Dirección de Instrucción de Competencia**

Dirección de Instrucción de Competencia (Subsección 1. Artículos 19 y 20) del Estatuto Orgánico de la Comisión (Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto)

Conforme a lo previsto en el artículo 20 la estructura de esta Dirección será la siguiente, conforme a lo previsto en el Reglamento Interno de Funcionamiento en su artículo 16<sup>1424</sup>:

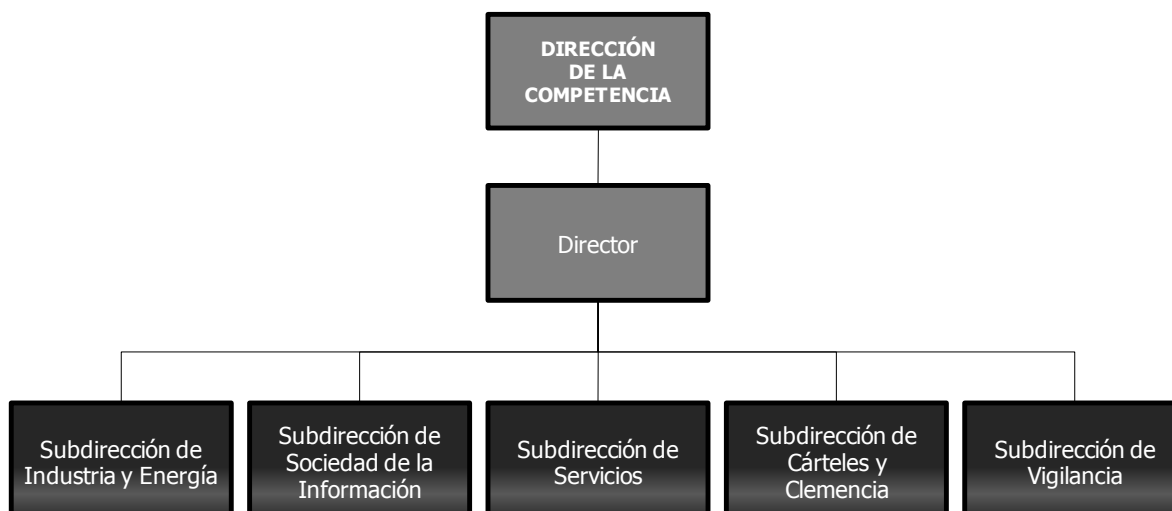
---

<sup>1423</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Op. cit. Pp.4 y ss. Sobre el particular esta Comisión señaló la disminución de las Subdirecciones, particularmente las que estaban dedicadas a la aplicación de la Ley 15/2007 a sectores regulados: *“Si lo que se pretende con la nueva Ley es preservar y reforzar la independencia en la toma de decisiones y la supervisión ex post de los mercados, con la supresión de unidades de carácter sectorial se perjudica claramente la aplicación necesariamente horizontal de la Ley 15/2007 a todos los sectores y mercados. Segundo, la pérdida de capacidad del Director de Investigación de nombrar a su propio equipo, competencia que corresponde al Consejo, lo que puede debilitar su independencia funcional y la debida separación entre instrucción y resolución. Es por ello preciso arbitrar mecanismos que refuercen la independencia de los órganos de instrucción respecto del órgano resolutorio, y la debida separación funcional entre instrucción y resolución”*.

<sup>1424</sup> Artículo 16. Subdirecciones de la Dirección de Competencia

La Dirección de Competencia estará estructura en las siguientes subdirecciones

- a) La Subdirección de Industria y Energía
- b) La Subdirección de Sociedad de la Información
- c) La Subdirección de Servicios
- d) La Subdirección de Cáteles y Clemencia
- e) La Subdirección de Vigilancia



**Cuadro 48 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Dirección de la Competencia.**

Se debe tener presente que el Estatuto conforme al Informe presentado por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, incluyó que era necesario precisar o modificar el nombre de algunas de las Subdirecciones como sucedió con la de Industria y Energía y la inclusión de la Subdirección de la Sociedad de la Información, las cuales eran necesarias e indispensables para la instrucción tanto de los asuntos del sector energético como del mercado de tecnologías de la información, atendiendo a que es indispensable, como lo señalo está Comisión, la aplicación de la normas de competencia a todos los sectores, incluidos los regulados y era erróneo que en la Subdirección de Servicios se incluyeran sin más estos sectores que, por su naturaleza y particularidades, merecían contar con Subdirecciones independientes<sup>1425</sup>.

En cuanto a sus funciones, el artículo 19 precisa la función genérica de dicha Dirección y posteriormente se relacionan prolijamente las veintitrés atribuciones en las que esta Dirección

<sup>1425</sup> Ibid. Pp. 26. Sobre este aspecto la CNC señaló:

“No existe referencia en el borrador de Estatuto remitido para Informe a una Subdirección de Sociedad de la Información. Esta omisión (de forma análoga a lo ya señalado respecto del sector energético) podría también ser interpretada como una falta de competencia para la instrucción de los procedimientos previstos en la Ley 15/2007 referidos al mercado de tecnologías de la información, lo que resulta contrario a la Ley 15/2007 y a la Ley 3/2013.

La necesidad de asegurar la aplicación de la normativa de competencia a todos los sectores, incluidos los regulados, tal como prevé la Ley 15/2007, así como la necesidad de mantener una especialización en los sectores más complejos, exigen una explícita mención a la Subdirección responsable de la instrucción de dichos procedimientos.

La hipotética pretensión de subsumir las actividades relativas al mercado de tecnologías de la información en el ámbito de la Subdirección de Servicios derivaría en una aplicación ineficaz de la Ley 15/2007. Así, la variedad y complejidad de los sectores que la Subdirección de Servicios incorpora (i.e. transporte, sector financiero, colegios profesionales, distribución etc.) y la especialización necesaria para la instrucción de procedimientos relativos a tecnología de la información exigen una Subdirección específica.”

es competente. De acuerdo con lo previsto en la Ley 3 / 2013, esta Dirección cumplirá la funciones de instrucción de los expedientes, de investigación, de estudio y preparación de informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de concentraciones reguladas en la Ley 15 de 2007.

Hubiese sido más conveniente, a juicio de la extinta CNC, que se hubiera realizado una distinción entre las funciones encomendadas a la Dirección de Competencia y la funciones que le competen al Director de Competencia, precisándose las funciones como representante de la Comisión, como jefe del personal perteneciente a la Dirección y como titular de la Dirección de Instrucción de Competencia, aspectos que no fueron incorporados por lo que el texto final corresponde un listado de funciones atribuidas a la Dirección<sup>1426</sup>

Hubiese sido oportuno y muy conveniente que el Estatuto hubiera previsto una división encargada de coordinar a todas las Subdirecciones de esta Dirección atendiendo a los temas y asuntos asignados y la posibilidad de contar con un sistema uniforme respecto a la instrucción de los procedimientos, el acceso y manejo de la documentación, aspecto que no fue tenido en cuenta y que se constituye en uno de los principales inconvenientes dentro de la Dirección y sus Subdirecciones<sup>1427</sup>.

Inevitablemente habremos de describir estas prolijas atribuciones.

La Dirección es competente en los siguientes asuntos:

- a) Conocer las denuncias, escritos o consultas que se formulen ante la CNMC que pudiera entrar dentro del ámbito de aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
- b) Promover la investigación e iniciar de oficio los procedimientos sancionadores.
- c) Requerir de oficio la notificación de una concentración y acordar, cuando proceda, su inadmisión.
- d) Requerir el formulario ordinario de notificación de una concentración.
- e) Realizar, en los términos y con la extensión previstos en el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, las inspecciones necesarias para la correcta aplicación de la normativa de defensa de la competencia.
- f) Incoar, instruir y elevar la correspondiente propuesta de resolución en los expedientes sobre los que deba resolver el Consejo.

---

<sup>1426</sup> *Ibíd.* Pp. 24 y 25.

<sup>1427</sup> *Ibíd.* Pp. 27. “...A esto se une la complejidad y especialización de las inspecciones de competencia, tanto de la preparación como en el tratamiento de la información recabada por medios informáticos. Se requiere para ello una unidad que asuma las funciones que traen aparejada tanto el conocimiento de los principales aspectos legales que implica el ejercicio de esta potestad, como el conocimiento de los procedimientos de actuación para la adecuada preparación y ejecución de las inspecciones.”

- g) Elevar al Consejo la propuesta de archivo derivados de la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
- h) Valorar las solicitudes de exención y acordar la concesión, en su caso, de la exención condicional del pago de la multa y, elevar al Consejo, en su caso, la correspondiente propuesta de exención en los supuestos previstos en el artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
- i) Valorar las solicitudes de reducción del importe de la multa, establecer el orden de prelación entre los solicitantes y elevar al Consejo, en su caso, la correspondiente propuesta de reducción del pago de la multa en los supuestos previstos en el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
- j) Acordar el inicio de los procedimientos de terminación convencional y elevar al Consejo la propuesta de terminación convencional.
- k) Acordar la acumulación, desglose y ampliación de expedientes.
- l) Proponer al Consejo la adopción de medidas cautelares.
- m) Resolver sobre las cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el marco de la instrucción de expedientes, en particular, la práctica de pruebas, la declaración de interesados en la fase de instrucción, la suspensión de plazos y la declaración de confidencialidad.
- n) Llevar a cabo las actuaciones complementarias que se insten por el Consejo referentes a procedimientos que se hubieran elevado ya al Consejo para su resolución.
- ñ) Iniciar procedimiento y elevar propuesta al Consejo las declaraciones de inaplicabilidad, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.
- o) Vigilar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos a que hace referencia el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.
- p) Aplicar los mecanismos de designación de órgano competente, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, y velar por el cumplimiento uniforme de la Ley 15/2007, de 3 de junio.
- q) Aplicar los mecanismos de reenvío de expedientes entre la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Europea según lo previsto en el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004.
- r) Colaborar y prestar la asistencia técnica que le sea requerida por el Consejo elaborando informes que elevará a éste.
- s) Colaborar, cuando proceda, en la preparación de los informes y propuestas de la Comisión en el ámbito de las relaciones de colaboración y cooperación con las Administraciones Públicas, así como con los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las funciones que correspondan a otros órganos de la Comisión.

t) Cooperar con la Comisión Europea y las Autoridades de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea y asistir a los distintos Comités, Grupos de trabajos y reuniones de expertos que sean convocados de conformidad con lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de concentraciones entre empresas, y en el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

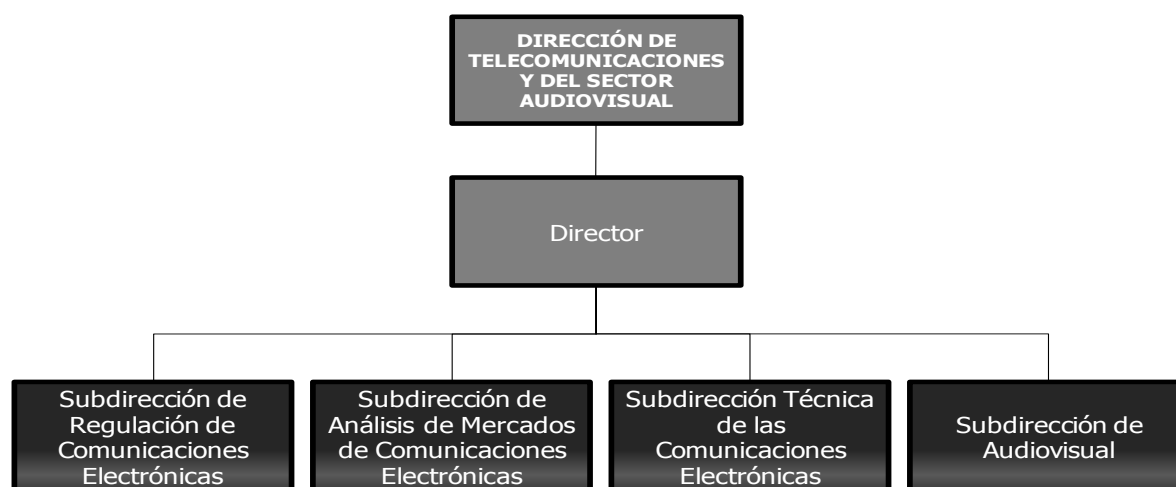
u) Apoyar al Presidente y al Consejo en el ámbito de las relaciones con otros órganos e instituciones de España, de la Unión Europea, en particular con la Red de Autoridades de Competencia, y de otros Estados miembros así como de terceros países.

v) Realizar cualesquiera otras funciones que le atribuya el ordenamiento jurídico, o el Consejo delegue.

#### **6.1.3.2. Dirección de Instrucción de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual**

Dirección de Instrucción de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual. (Subsección 2. Artículos 21 y 22)

Conforme a lo previsto en el artículo 22 la estructura de esta Dirección será la siguiente, conforme a lo previsto en el artículo 17 del Reglamento Interno de Funcionamiento<sup>1428</sup>



<sup>1428</sup> Artículo 17. Subdirecciones de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.

La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual estará estructurada en las siguientes subdirecciones:

- a) Subdirección de Regulación de Comunicaciones Electrónicas
- b) Subdirección de Análisis de Mercados de Comunicaciones Electrónicas
- c) Subdirección Técnica de Comunicaciones Electrónicas
- d) Subdirección de Audiovisual

**Cuadro 49 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.**

Uno de los inconvenientes que presenta el Estatuto es que reproduce los problemas que en la Ley se detectaban en cuanto al contenido mismo de las Direcciones. Se presenta una estructura general de cada una de las Direcciones, en este caso particular la Dirección de Instrucción de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, cuyas Subdirecciones no corresponden a las propuestas en el Borrador inicial sometido a informe a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y que contó con la aprobación inicial de esta Comisión. Se integraban entonces las Direcciones de Instrucción existentes dándoles rango de Subdirecciones para el cumplimiento de los objetivos propuestos<sup>1429</sup>, lo cual permitía garantizar la continuidad de los procesos regulatorios iniciados y la calidad de la misma regulación, que va más allá de la aplicación de las normas de competencia, ya que las funciones y la regulación se orienta a la consecución de los objetivos establecidos en el ámbito Comunitario (fomento de la Competencia en el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la consecución de un mercado interior y la promover los intereses de los ciudadanos). Por ello, la supresión de algunas Subdirecciones que sí habían sido previstas en el Borrador, puede llevar a un menoscabo en la tarea regulatoria, que tiene sus propios cometidos, diferentes de la labor de supervisión que hace la Autoridad de Competencia<sup>1430</sup>.

Otro aspecto a destacar, es la ausencia en el Estatuto de las unidades de apoyo a esta Dirección (asesoramiento jurídico, económico y técnico, que se encontraban consagrados en el Real Decreto 1994/1996, atendiendo a que los asuntos sometidos a conocimiento de la entidad requieren del concurso de varias disciplinas para su resolución). A juicio de la CMT<sup>1431</sup>, la

---

<sup>1429</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115)... Op. cit. Pp. 11 y ss.

<sup>1430</sup> *Ibíd.* Pp. 12. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, precisa:

“... ”

*Los objetivos encomendados a los organismos reguladores sectoriales exigen tomar en consideración aspectos que van más allá de la mera aplicación de los postulados de competencia. En concreto, el marco normativo europeo de las comunicaciones electrónicas (artículo 8 de la Directiva Marco) establece tres objetivos para las ANRs de este sector. El primero se refiere al fomento de la competencia en el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, recursos y servicios asociados. El segundo se centra en la necesaria contribución de las ANRs a la consecución del mercado interior, lo que entre otros medios se concreta a través de los mecanismos de coordinación institucional existentes (en particular a través del ORECE). En tercer lugar, las ANRs tienen la misión de promover los intereses de los ciudadanos de la Unión.*

*Las ANRs se encuentran facultadas para adoptar todas las medidas que estén encaminadas a la consecución de esos tres objetivos siempre que los principios reguladores sean de carácter objetivo, transparente, no discriminatorio y proporcionado. Así pues, los objetivos encomendados a las ANRs exigen velar, por ejemplo, por la promoción de la inversión eficiente en materia de infraestructuras y por el fomento de la innovación. Sin embargo, la conciliación de diferentes objetivos de desarrollo de un sector determinado resulta ajena a la actividad de supervisión llevada a cabo por las autoridades de competencia”.*

<sup>1431</sup> *Ibíd.* Pp. 6 y 7.

existencia de dichas unidades, específicamente la de Asesoramiento jurídico, reportaría un claro beneficio para la Dirección, no solamente como órgano de asesoramiento al Director de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales en las materias objeto y demás asuntos objeto de conocimiento de las demás subdirecciones, sino en los demás aspectos como el suministro de información, aspectos de contratación. Todo en aras de reducir los costes y desplazamientos injustificados de los funcionarios de la Sede en Madrid. Si bien esto significaba unas múltiples ventajas para la CNMC y el eficaz y oportuno desarrollo de las competencias encomendadas a esta dirección, el Gobierno no tuvo en cuenta esta recomendación y se prevé que todo el Asesoramiento Jurídico será realizado por la Asesoría Jurídica con sede en Madrid, implicando mayores costes no solamente financieros sino en los tiempos y en la necesidad de respuestas inmediatas respecto a los temas sometidos a consideración de esta Dirección. Como en definitiva, habrá que hacer una valoración transcurrido algún tiempo desde que se pone en marcha esta Comisión, este es un aspecto que podrá modificarse en su caso.

El artículo 21, precisa las funciones tanto generales como específicas que desempeñará la Dirección; se debe tener presente que muchas de estas atribuciones dadas pueden ser ampliadas o modificadas por la Nueva Ley General de Telecomunicaciones 9/2014. Particularmente esta Dirección es la encargada de instruir los expedientes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de comunicaciones electrónicas y del sector audiovisual de conformidad con lo previsto inicialmente en la Ley 9/2014, Ley de Telecomunicaciones y la Ley 7/2010 Ley General de Comunicación Audiovisual. En cuanto a sus competencias especiales el Estatuto precisa:



FUNCIONES DE LA DIRECCION DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL <sup>1432</sup>				
ELEVAR PROPUESTA	APOYO	COLABORACION	EMISION DE INFORMES	OTRAS FUNCIONES
<p>a) Elevar al Consejo propuestas de resolución en materia de supervisión y control de los mercados de comunicaciones electrónicas, y singularmente en las competencias previstas en el artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p> <p>b) Elevar al Consejo propuestas de resolución, en materia de supervisión y control de los mercados de comunicación audiovisual, y singularmente en las competencias previstas en el artículo 9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p> <p>c) Elevar al Consejo propuestas de resolución de conflictos en las siguientes materias:</p> <p>i) Conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p> <p>ii) Conflictos en los mercados de comunicación audiovisual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 e) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p>	<p>d) Apoyar al Presidente en el ámbito de las relaciones con otros órganos e instituciones de España, de la Unión Europea, en particular la Comisión Europea, y de otros Estados miembros y con el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas, y ejercer las funciones de punto de contacto y participación en los grupos de trabajo en el seno de este Organismo.</p>	<p>e) Colaborar y prestar la asistencia técnica que le sea requerida por el Consejo de la Comisión elaborando informes que elevará a éste.</p>	<p>f) Emitir informe en las actuaciones arbitrales previas al laudo arbitral en las materias previstas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como su normativa de desarrollo.</p>	<p>g) Realizar cualesquiera otras funciones que le atribuya el ordenamiento jurídico, o el Consejo le delegue.</p>

**Cuadro 50 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.**

<sup>1432</sup> Ibid. Pp. 10. Donde se precisa la necesidad de que fuera incluida como función de la Dirección la gestión de la aportación para la financiación de la CRTVE tal como se prevé en el Anexo de la Ley y en su Disposición Adicional, aspecto que no fue tenido en cuenta y por ende su no inclusión permite concluir que será otra entidad o dependencia ministerial encargada de su gestión.

Una de las observaciones realizadas sobre la estructura propuesta en su momento al Borrador de Estatuto por parte de la CMT<sup>1433</sup>, precisaba la necesidad de que esta Dirección contara con el personal bastante y con el suficiente conocimiento técnico para el desempeño efectivo de las funciones encomendadas, evitando de esta manera que se afecte tanto la independencia formal como funcional que debe contar la máxima autoridad en materia de regulación de las comunicaciones.

De allí que fuese conveniente que la estructura replicara el modelo organizacional del anterior órgano regulador y que fue incorporado en el Borrador, la cual contaba con 5 Subdirecciones<sup>1434</sup> que le permitían garantizar el funcionamiento del mercado de manera eficaz y eficiente, por lo que no se entiende por qué se eliminaron Subdirecciones en el texto final. En lo que respecta a la Subdirección Audiovisual se sugirió por parte de la Comisión de que, atendiendo a las particularidades del sector, ésta no debería ser considerada como una Subdirección más, sino debería darse el rango de Dirección atendiendo a lo previsto en la Ley 7/2010, Ley General de Comunicación Audiovisual, donde se determinó la necesidad de contar con una entidad independiente y efectiva para el desarrollo del sector, la cual no fue creada y respecto a su equiparación como Dirección no fue tomada en cuenta.

A juicio de la CMT, la Subdirección Audiovisual, debe contar con elementos tanto materiales como personales para el cumplimiento de las funciones, como una propia Autoridad Audiovisual<sup>1435</sup>.

---

<sup>1433</sup> Ibíd. 4 y ss.

<sup>1434</sup> Las subdirecciones de la extinta CMT eran:

- Subdirección de Análisis y de Mercados de Comunicaciones Electrónicas.
- Subdirección Técnica de Comunicaciones Electrónicas
- Subdirección de Regulación de Operadores de Comunicaciones
- Subdirección de Estadística y Recursos Documentales

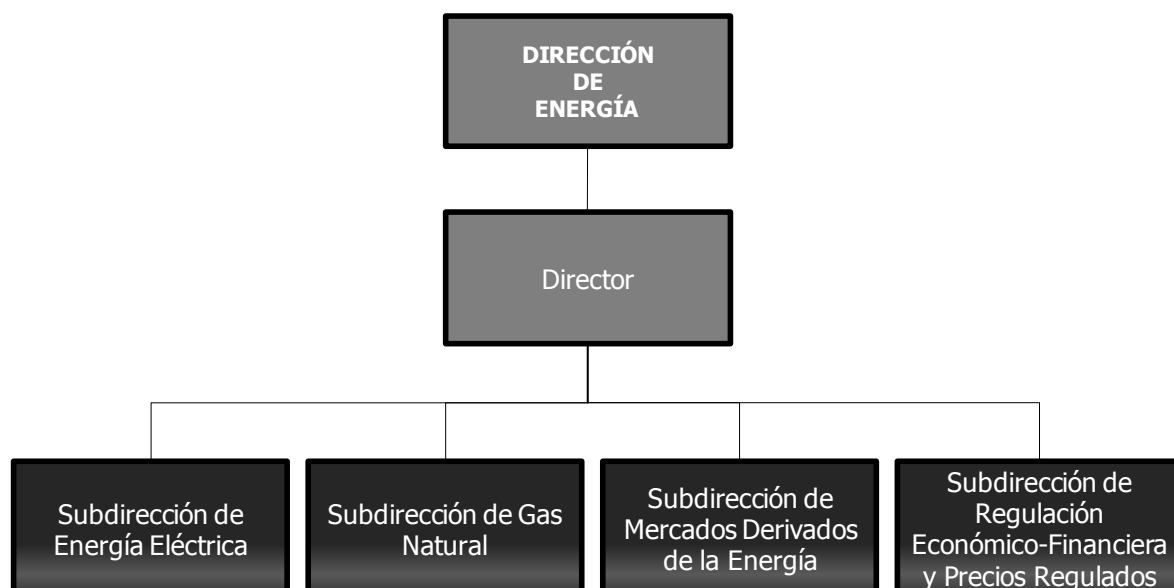
<sup>1435</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115). Op. cit. 4. *“En este sentido, la función de la Subdirección Audiovisual es sumamente importante y laboriosa, pues desempeñará, a rasgos generales, el control de los contenidos emitidos, el aseguramiento de la pluralidad de la información, así como la vigilancia y seguimiento de otras obligaciones importantes, como la obligación de financiar el cine español, europeo, etc. Además de las anteriores, otra de las funciones capitales de la CNMC, llevada a cabo por esta Subdirección, será el control y seguimiento del cumplimiento del mandato de servicio público de la Corporación de Radio y Televisión Española, seguimiento, que se extiende no sólo a los contenidos emitidos, sino, entre otros, a la correcta utilización de fondos públicos destinados a ellos.*

*Todo lo anterior implica necesariamente que esta Subdirección Audiovisual cuente con equipos multidisciplinarios (formados, entre otros, por juristas, profesionales de la comunicación e informáticos) que cubran las distintas facetas que el cumplimiento de estas funciones precisa, conformados por los técnicos necesarios. Se ha de señalar que estas funciones deberían ser desarrolladas por la propia autoridad audiovisual, siendo éste el modelo seguido tanto por el Consejo Audiovisual de Cataluña como por el Consejo Audiovisual de Andalucía, que realizan ellos mismos estas funciones y cuentan con medios personales y materiales adecuados para ello”.*

### 6.1.3.3. Dirección de Instrucción de Energía

Dirección de Instrucción de Energía (Subsección 3. Artículos 23 y 24) Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Conforme a lo previsto en el artículo 24 la estructura de esta Dirección<sup>1436</sup> será la siguiente conforme a lo previsto en el artículo 18 del Reglamento Interno de Funcionamiento de la Comisión<sup>1437</sup>



**Cuadro 51 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Dirección de Energía.**

<sup>1436</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp. 39. El borrador sometido a conocimiento de las Comisiones incluía una subdirección de Relaciones Internacionales, atendiendo a que cada Dirección debe relacionarse con sus pares a nivel internacional, no sé entiende porque se sustrajo de todas las Dirección tal subdirección y en la estructura final aprobada no existe una oficina de relaciones internacionales atendiendo a la importancia de la misma y las relaciones que se surten con los demás organismos reguladores en sede Europea.

<sup>1437</sup> Artículo 18. Subdirecciones de la Dirección de Energía:

La Dirección de Energía estará estructurada en las siguientes subdirecciones:

- a) Subdirección de Energía Eléctrica
- b) Subdirección de Gas natural
- c) Subdirección de Regulación Económica-Financiera y Precios Regulados
- d) Subdirección de Mercados Derivados de Energía

En cuanto a las funciones a desempeñar, el artículo 23 indica las siguientes competencias que pueden ser clasificadas de la siguiente manera<sup>1438</sup>:

---

<sup>1438</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp.23 y ss. Donde se indica que la Dirección desempeñara otro tipo de funciones, de allí que sea necesario que esta dirección cuente con los recursos necesarios para el desempeño de las funciones y que la Sala de Supervisión Regulatoria cuente con una serie de informes preceptivos en determinados asuntos sometidos a su conocimiento.

Sobre el particular la Comisión indica:

*“En este sentido, y de persistir el esquema propuesto, cabe subrayar la necesidad de realizar los informes preceptivos correspondientes por la Sala de supervisión regulatoria y que se deban destinar los recursos suficientes en la Dirección de Instrucción de Energía para realizar, entre otros:*

- *Informes sobre vigilancia de condiciones y compromisos establecidos en las Resoluciones de la CNMC establecidos por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, relacionadas con empresas en el sector eléctrico y de gas natural.*
- *Informes en materias de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia en los sectores de electricidad y de gas natural*
- *Informes sobre operaciones de concentración económicas en el sector eléctrico y de gas natural.*

*Las consecuencias que se desprenden de las consideraciones señaladas aconsejarían una revisión del sistema establecido, tomando en consideración igualmente lo ya expuesto en el apartado 2.2 anterior. En este sentido, cabría alertar sobre los siguientes riesgos potenciales:*

*1º.- Riesgo de ineficacia de la CNMC a la hora de ejercer un número de las funciones que le corresponden como ARN en materia de energía, en la medida en que éstas, a pesar de estar atribuidas a la sala de supervisión regulatoria, habrán de ser remitidas a la sala de competencia para que emita su informe y, caso de ser desfavorable, exigirá recabar el pronunciamiento por parte del Pleno del Consejo.*

*Lo anterior supone una ampliación de los trámites y plazos respecto de las funciones actualmente desarrolladas por la CNE como ARN en materia de energía, lo que va en contra de los principios de eficacia y rapidez que no sólo son objetivo de las directivas comunitarias, sino que coinciden con los fines perseguidos por la propia creación de la CNMC.*

*Nótese, a estos efectos, que algunas de las funciones anteriormente referidas se ejercen a través de procedimientos administrativos sujetos a plazos preclusivos. Así, a título de ejemplo, la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013 ya mencionada concede a la CNMC un plazo de diez días, dentro de los treinta de tramitación total, para evacuar el correspondiente informe relativo a la toma de participaciones en los sectores energéticos, plazo que resulta a todas luces insuficiente en el caso de haya que recabar el informe de tres órganos de naturaleza colegiada (las dos salas y el pleno, respectivamente).*

*2.- Posibilidad de sometimiento real al pleno de la CNMC de un amplio elenco de cuestiones que emanan directamente de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, que podría alterar la previsión general contemplada en la Ley 3/2013, de 4 de junio, respecto del reparto teórico de materias entre las dos repetidas salas.*

*3.- La densidad y alcance del sistema propuesto sin contener una cláusula abierta o habilitación al Consejo para su modificación resta flexibilidad al sistema e impide su adaptación progresiva a la experiencia adquirida por el nuevo Organismo, máxime teniendo en cuenta lo innovador del mismo.”*

FUNCIONES DE LA DIRECCION DE ENERGÍA <sup>1439</sup>									
ELEVAR PROPUESTAS	APOYO, COLABORACION Y ASISTENCIA	INTERVENCION	INICIO DE PROCEDIMIENTOS	REQUERIR INFORMACION	EMITIR	INCOAR Y TRAMITAR	ACUERDO	RESOLUCION	OTRAS FUNCIONES
a) Elevar al Consejo las propuestas de resolución que se elaboren en ejercicio de las competencias previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y singularmente en materia de supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural <sup>1440</sup> .	c) Apoyar al Presidente y al Consejo en el ámbito de las relaciones con otros órganos e instituciones de España, de la Unión Europea y de otros Estados miembros así como de terceros países y con la Agencia de	e) Intervenir en la tramitación de los procedimientos arbitrales en las materias previstas en por la Ley 54/1997, de 24 de noviembre y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de los sectores de electricidad y	f) Iniciar de oficio los procedimientos sancionadores de su competencia, de acuerdo con lo previsto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre y en la Ley 54/1997, de 28 de noviembre.	g) Requerir la información y realizar las inspecciones necesarias para llevar a cabo la correcta supervisión de los sectores de electricidad y gas natural en las materias previstas en el artículo 7 de la	h) Emitir los informes que correspondan en el ejercicio de las funciones de supervisión de	i) Incoar y tramitar los procedimientos para la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes para las empresas eléctricas y de gas natural y	k) Acordar la acumulación, desglose y ampliación de expedientes.	m) Resolver sobre las cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el marco de la instrucción de expedientes, en particular, la práctica de pruebas, la declaración de interesados en	ñ) Realizar cualesquiera otras funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya en los sectores de energía eléctrica y gas natural así como las que le sean

<sup>1439</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp. 38 y 39. Conforme al informe presentado por parte de la CNE, las funciones atribuidas a la Dirección fueron ampliadas incluyéndose (debe tenerse presente que corresponde a las funciones sugerida, lo que fue modificado fue el literal asignado:

*j) Realizar cualesquiera otras funciones que el ordenamiento jurídico atribuya a la CNMC en los sectores de energía eléctrica y gas natural, así como las que le sean delegadas por el Consejo o que el Reglamento de funcionamiento interno le asigne.*

*k) Incoar y tramitar los procedimientos para la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes para las empresas eléctricas y de gas natural y elevar al Consejo la propuesta para su aprobación.*

*l) Elevar al Consejo de la Comisión la propuesta de archivo. m) Acordar la acumulación, desglose y ampliación de expedientes.*

*n) Proponer al Consejo de la Comisión la adopción de medidas cautelares.*

*o) Resolver sobre las cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el marco de la instrucción de expedientes, en particular, la práctica de pruebas, la declaración de interesados en la fase de instrucción, la suspensión de plazos y la declaración de confidencialidad.*

*p) Colaborar, cuando proceda, en la preparación de los informes y propuestas de la Comisión en el ámbito de las relaciones de colaboración y cooperación con las Administraciones Públicas, así como con los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las funciones que correspondan a otros órganos de la Comisión.*

<sup>1440</sup> *Ibíd.* Pp. 36 y ss. Si bien el texto aprobado no corresponde al texto propuesto por esta Comisión, lo que se pretendía es que se precisará el alcance del artículo 7 de la Ley 3/2013, en el sentido de que este se refiera no solamente a supervisión ex post, sino de regulación ex ante, que se ve reflejada a través de diversos

<p>b) Elevar al Consejo propuestas de resolución de conflictos en los mercados de la electricidad y del gas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p> <p>j) Elevar al Consejo de la Comisión la propuesta de archivo.</p> <p>l) Proponer al Consejo de la Comisión la adopción de medidas cautelares.</p> <p>n) Colaborar cuando proceda en la preparación de informes y propuestas de la Comisión en el ámbito de las relaciones de colaboración y cooperación con las Administraciones</p>	<p>Cooperación de los Reguladores de la energía, y ejercer las funciones de representante sustituto a efectos de contacto y representación en el seno del Consejo de Reguladores de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía.</p> <p>d) Colaborar y prestar la asistencia técnica que le sea requerida por el Consejo elaborando informes que elevará a éste.</p>	<p>gas natural, así como su normativa de desarrollo, en la forma que determine el Reglamento de Arbitraje del Consejo de la Comisión<sup>1441</sup>.</p>		<p>Ley 3/2013, de 4 de junio.</p>	<p>su competencia y del resto de funciones previstas en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio o los que le sean solicitados en relación a los sectores de gas y electricidad.</p>	<p>elevar al Consejo la propuesta para su aprobación.</p>		<p>la fase de instrucción, la suspensión de plazos y la declaración de confidencialidad.</p>	<p>delegadas por el Consejo de la Comisión o que el Reglamento de Funcionamiento interno le asigne.</p>
--	---	--	--	-----------------------------------	---	---	--	--	---

mecanismos como los son las circulares donde la Comisión puede establecer metodologías aplicables y de otros objetivos regulatorios principalmente en materia de seguridad de las redes, de eficiencia orientados a la consecución de un mercado interior europeo.

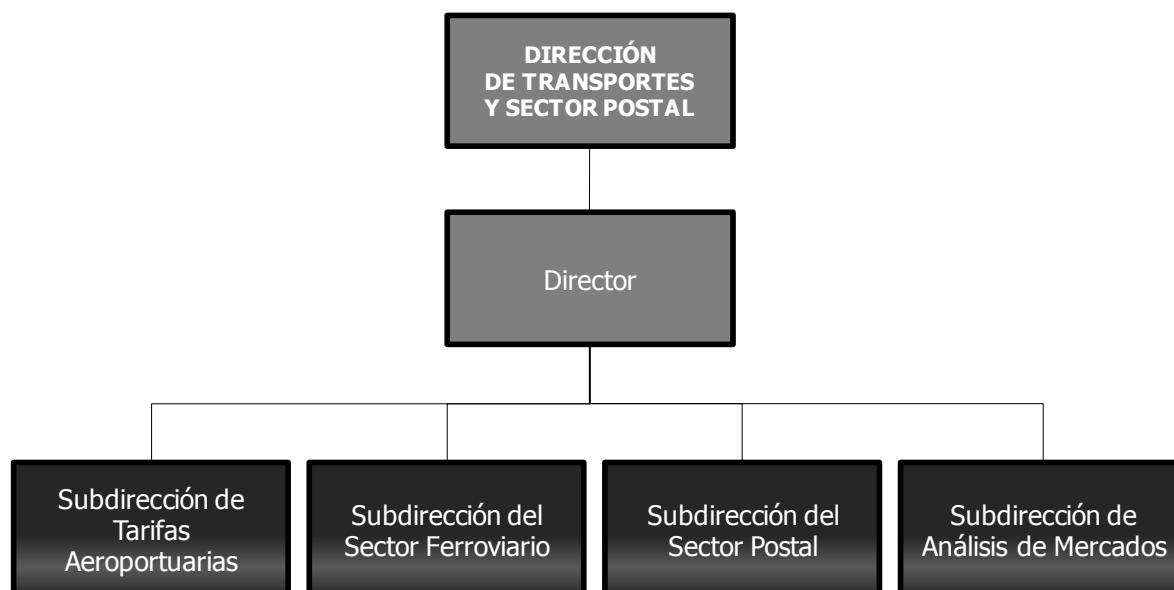
<sup>1441</sup>Ibíd. Pp. 36. Función que fue modificada atendiendo al informe presentado por par del CNE. A juicio de la CNE, la función tal como se encontraba prevista limitaba la labor de la Dirección de Energía no debería limitarse solamente a la de emitir informes previo la emisión del laudo arbitral. Atendiendo a la complejidad de asuntos y los conocimientos técnicos que se requieren, hacen necesario la intervención de la Dirección de los asuntos que sean conocidos en sede arbitral, teniendo de presente la experiencia adquirida por parte de la CNE en este tipo de procesos.

Públicas, así como con los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las funciones que correspondan a otros órganos de la Comisión.									
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

**Cuadro 52 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones de la Dirección de Energía.**

#### **6.1.3.4. Dirección de Instrucción de Transporte y del Sector Postal**

Conforme a lo previsto en el artículo 26 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto la estructura de esta Dirección será la siguiente, (desarrollada en el artículo 19 del Reglamento Interno de Funcionamiento)<sup>1442</sup>:



**Cuadro 53 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Dirección de Transportes y Sector Postal.**

El artículo 25 del Estatuto prevé que esta Dirección se encargara de instruir los expedientes en relación con los sectores de transportes y postal, de acuerdo con lo previsto en la Ley 21/2003 y de Seguridad Aérea, la Ley 39 de 2003 Ley del Sector Ferroviario y la Ley 43 de 2010 Ley del Sector Postal Universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal. Esta Dirección tiene atribuida las siguientes funciones:

<sup>1442</sup> Artículo 19. Subdirecciones de la Dirección de Transporte y del Sector Postal

La Dirección de Transporte y del Sector estará estructurada en las siguientes subdirecciones:

- a) Subdirección de Tarifas Aeroportuarias
- b) Subdirección del Sector Ferroviario
- c) Subdirección del Sector Postal
- d) Subdirección de Análisis de Mercados



**FUNCIONES DE LA DIRECCION DE TRANSPORTE Y DEL SECTOR POSTAL**

<b>ELEVAR PROPUESTA</b>	<b>REQUERIMIENTO</b>	<b>INCOAR Y TRAMITAR</b>	<b>COOPERACIÓN</b>	<b>COLABORACION</b>	<b>OTRAS FUNCIONES</b>
<p>a) Elevar al Consejo propuestas de resolución en materia de supervisión y control del mercado postal respecto a las funciones y competencias que le atribuye la Ley 3/2013, de 4 de junio, y singularmente en las competencias previstas en el artículo 8 de la citada ley.</p> <p>b) Elevar al Consejo propuestas de resolución en materia de supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias, y singularmente en las competencias previstas en el artículo 10 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p> <p>c) Elevar al Consejo propuestas de resolución en materia de supervisión y control del sector ferroviario, y singularmente en las competencias previstas en el artículo 11 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p>	<p>e) requerir información y realizar las inspecciones necesarias para llevar a cabo la correcta supervisión de los sectores postal y ferroviario, así como de las tarifas aeroportuarias.</p>	<p>f) Incoar y tramitar los procedimientos sancionadores en materias de su competencia.</p>	<p>g) Cooperar con otros órganos reguladores de otros Estados miembros de la Unión Europea en materia postal y ferroviaria, así como en materia de supervisión de tarifas aeroportuarias y asistir a los distintos comités, grupos de trabajo y reuniones para los que sean requeridos y apoyar al Presidente y al Consejo en el ámbito de las relaciones con otros órganos e instituciones de España o de otros Estados miembros de la Unión Europea y con los órganos de cooperación de los reguladores en materia postal y ferroviaria, así como en materia de supervisión de tarifas aeroportuarias.</p>	<p>h) Colaborar y prestar la asistencia técnica que le sea requerida por el Consejo de la Comisión elaborando informes que elevará a éste.</p>	<p>i) Realizar cualesquiera otras funciones que le atribuya el ordenamiento, o el Consejo le delegue.</p>

<p>d) Elevar al Consejo propuestas de resolución de conflictos, tras la oportuna tramitación, en las siguientes materias:</p> <p>i) en materia de conflictos en el mercado postal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 d) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p> <p>ii) en materia de conflictos de tarifas aeroportuarias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p> <p>iii) en materia de conflictos en el sector ferroviario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.1 f) de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p>					
---	--	--	--	--	--

**Cuadro 54 - Fuente Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones de la Dirección de Transportes y Sector Postal.**

#### 6.1.4. Otros Órganos

El Estatuto Orgánico en la Sección 5.ª prevé la existencia de otros órganos. Hubiese sido recomendable que se precisara cuáles son los órganos que forman parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el entendido de esto permitirá precisar qué tipo de órganos son competentes, los recursos que pueden instaurar respecto de sus actuaciones, para lo cual hubiese sido pertinente como lo señalaba la CMT en su Informe sobre el Proyecto

de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico<sup>1443</sup>, que se incluyera un artículo exclusivo a precisar los Órganos de la Comisión, aspecto que no fue tenido en cuenta en la redacción final del Estatuto.

Ahora bien, hay que indicar que, si legalmente se prevén como tales solamente dos órganos, podría entenderse que se incurre en “ultra vires” si se designan con la categoría y denominación de órganos a determinadas unidades. Debería haberse utilizado probablemente otra designación, aunque como vemos, el Informe de la extinta CMT abogó por lo contrario. Quizás sea de una excesiva rigidez afirmar que la Ley como tal prevé solamente estos dos órganos, Consejo y Presidente, y luego las Direcciones como tales, pero hay que tener cuidado y ser delicado con la expresión legal, ya que, precisamente, se produce o se puede producir alguna confusión en las atribuciones, que al determinar competencias exigen desde luego habilitación legal previa.

A pesar de todo no de existir el mencionado artículo en que se precise cuáles son los órganos de la Comisión, la Sección 5.<sup>a</sup> describe tres órganos que están sujetos a la inmediata Dirección del Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

---

<sup>1443</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115). Op. cit. Pp. 9.

II.2.2.1 Ausencia de una delimitación previa y expresa de los órganos de la CNMC

El artículo 13 de la LCNMC enumera los órganos de gobierno del Organismo, que son el Consejo y el Presidente. Por su parte, el artículo 25 de la citada Ley establece que los órganos de dirección serán los Directores de Instrucción.

El texto articulado del borrador de Estatuto Orgánico va enumerando las competencias de una serie de órganos y unidades de la CNMC, pero se echa en falta la existencia de un artículo previo que determine cuáles de todos ellos tienen la consideración expresa de órganos de la CNMC, lo que puede causar confusiones y falta de claridad, especialmente a la hora de conocer los órganos competentes y los recursos existentes contra sus actos y establecer el régimen de delegación de competencias que se revela tan necesario dadas las características del Organismo y la distribución del ejercicio de sus funciones entre diferentes órganos.

Para la mejora técnica del texto normativo informado, se propone que en el Capítulo II del Proyecto de Estatuto Orgánico se introduzca una nueva Sección Primera, antes de la actual Sección Primera y del actual artículo 6, con un nuevo artículo que podría tener el siguiente tenor literal:

“Sección Primera. Órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Artículo... Son órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

- a) El Consejo
- b) El Presidente.
- c) El Secretario del Consejo.
- d) Los Directores de Instrucción.
- e) El Director de Promoción de la Competencia.
- f) El Secretario General.

Las demás áreas de responsabilidad y unidades existentes en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia estarán adscritas a alguno de los órganos antes mencionados”

#### **6.1.4.1. Secretaría General de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

Secretaría General de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (artículos 27-29)

- Estructura de la Secretaría (artículo 29), conforme a lo previsto en el Reglamentos Interno de Funcionamiento en su artículo 21<sup>1444</sup>



**Cuadro 55 - Fuente Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Estructura de la Secretaría General de la CNMC.**

En su apartado segundo indica que todos los Subdirectores serán nombrados por el Consejo a propuesta del Presidente oído el Secretario. Esto último, que por demás puede entenderse natural y común en cualquier organización, supone elevar sin duda la cualidad de la Secretaría, ya que tal informe aparece como requisito necesario para tales nombramientos, aunque no se siguieran después.

- Funciones de la Secretaria (artículo 27)

---

<sup>1444</sup> Artículo 21. Subdirecciones de la Secretaria General

Las Subdirecciones de la Secretaría General estarán estructuradas en las siguientes subdirecciones:

- a) La Subdirección de Recursos Humanos y Gestión Económica y Patrimonial.
- b) La Subdirección de Estadísticas y Recursos Documentales, sin perjuicio de su dependencia del Departamento de Promoción de la Competencia
- c) La Subdirección de Sistemas de tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cuyo personal participará en la realización de inspecciones de acuerdo con las facultades atribuidas en el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, dependiendo en dicho supuesto, funcionalmente, de la Dirección de Instrucción correspondiente.

En su primer apartado se indica la función genérica de este órgano que consiste en la de prestar servicios comunes a todo el organismo. Si bien su dirección se atribuye al Secretario, la Dirección inmediata recae en el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, asumiéndose así un papel semejante al que desempeña este tipo de unidad en organizaciones privadas. Recaltar la immediatez de la vinculación con el Presidente, en un esquema al final clásico de organización, supone la típica relación directa, necesariamente personalizada, entre órgano de dirección y órgano de apoyo.

En cuanto a las funciones que específicamente desarrollara, estas pueden clasificarse:

FUNCIONES DE LA SECRETARIA GENERAL<sup>1445</sup>

GESTION- PLANIFICACION	ESTABLECIMIENTO DE PLANES DE FORMACION	MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES	CONSERVACION	DIRECCION Y ORGANIZACION	INSTRUCCIÓN Y TRAMITACION	COLABORACION	DESARROLLO DE SISTEMAS	REDACCION Y PROPONER
<p>a) Gestión y planificación de los recursos humanos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a propuesta de los órganos de dirección a los que la Ley 3/2013, de 4 de junio, y este Estatuto atribuyen competencias en materia de personal.</p> <p>h) La gestión económico-financiera y patrimonial del organismo, la elaboración del anteproyecto del presupuesto de ingresos y gastos y la tramitación de sus variaciones, el</p>	<p>b) El establecimiento de los planes de formación del personal, la gestión de la acción social y de los programas de prevención de riesgos laborales.</p> <p>n) Diseño e implementación de un sistema de la carrera profesional así como un sistema de evaluación del desempeño del personal en el marco de lo establecido en la normativa vigente.</p>	<p>c) El mantenimiento de las relaciones con los órganos de participación y representación del personal.</p>	<p>d) La conservación, mantenimiento y actualización permanente del patrimonio.</p>	<p>e) La dirección y organización de los servicios de seguridad, vigilancia, comunicaciones, conservación, mantenimiento y demás servicios comunes de las dependencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.</p> <p>j) La dirección y organización de los servicios de archivo y registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.</p>	<p>f) La instrucción y tramitación de los expedientes de contratación.</p>	<p>g) La colaboración en la preparación de conferencias, seminarios y cualesquiera otras actividades similares que organice la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.</p>	<p>k) El desarrollo de los sistemas de información de los servicios comunes de los sistemas de administración electrónica, el diseño y ejecución de planes y coordinación de las actuaciones y prestación de los servicios en materia de tecnologías de la información comunicaciones, la gestión y mantenimiento de la sede electrónica y de los sitios web, la gestión de la red interna de comunicaciones, la gestión de los medios informáticos y telemáticos y su asignación a las</p>	<p>l) Redactar, proponer y tramitar los convenios con entidades públicas y privadas a celebrar por el Presidente de la Comisión.</p>

<sup>1445</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp. 40 y 41. Una de las preocupaciones tanto de la CMT como de la CNE es que no se incluyen como función de la Secretaria funciones como la Gestión documental y estadística de la Comisión atendiendo al volumen de información documental proveniente de las comisiones que se fusionan.

<p>seguimiento y control de su ejecución, la realización de la gestión contable, financiera y patrimonial, la gestión de los servicios de pagaduría, caja y recaudación y la preparación de la liquidación y rendición de las cuentas del organismo.</p> <p>i) La gestión y recaudación en periodo voluntario de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración y de la contribución postal de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio.</p> <p>m) El ejercicio de las competencias en materia de gestión documental, estadística, recursos documentales,</p>							<p>distintas unidades orgánicas, el asesoramiento, asistencia técnica, incluida la prestada en el desarrollo de las inspecciones realizadas por el órgano competente de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y formación a los usuarios de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.</p> <p>Todo ello sin perjuicio de las competencias en materia de inspecciones de la Dirección de Competencia.</p> <p>En el ejercicio de estas funciones, la Secretaría General podrá optar por la utilización y el aprovechamiento de módulos y servicios comunes de administración electrónica, en los términos que se acuerden con los</p>	
--	--	--	--	--	--	--	---	--

biblioteca y publicaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.							órganos responsables en esta materia de la Administración General del Estado	
--	--	--	--	--	--	--	--	--

**Cuadro 56 - Fuente Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Funciones de la Secretaría General de la CNMC.**



Uno de los aspectos más cuestionados por parte de la CMT<sup>1446</sup> en su Informe, tantas veces citado, atendiendo al marco normativo europeo aplicable, es el referido a la necesidad de que el Organismo Regulador en materia de Telecomunicaciones y del Sector audiovisual, cuente con plena independencia tanto orgánica como funcional para el desarrollo de sus funciones y un sistema de financiación adecuada proveniente del pago de tasas de los operadores que redunde en una independencia financiera que pueda tener esta entidad.

Por estas consideraciones, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, era oportuno que el Estatuto previera una Subdirección adjunta de la Secretaría General, con el fin de que esta se encargara de gestionar los recursos (la finalidad de conservar la sede en Barcelona era la de aprovechar no solo la infraestructura existente, sino todos los recursos sin ningún tipo de excepción, sino que también se incluían todas las demás áreas de responsabilidad necesarias para el asesoramiento tanto directo como indirecto de la CMT), como el personal, el presupuesto y demás bienes relacionados con la Dirección de Instrucción de Telecomunicaciones y Servicios Audiovisuales. Y se proponía que fuera ajeno a la gestión en las otras Direcciones de la CNMC, aspecto que no fue incorporado en el redacción final y por consiguiente se configura un sistema central en cuanto a la gestión contable y presupuestaria de la entidad y una merma en la independencia funcional y financiera de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y que pueden interferir en un futuro en las relaciones que se tienen con los demás organismos europeos en materia de telecomunicaciones y del sector audiovisual por la ausencia del personal y de los medios técnicos y económicos para el desempeño de las competencias asignadas a dicha Dirección<sup>1447</sup>.

No obstante, hay que indicar, de un lado, que lógicamente si se trata de ahorrar recursos y de unificar, resulta a la postre lógica esa unidad, y, de otro lado, que es un aspecto que, llegado el caso, podrá modificarse sin dificultad legal por la vía puramente reglamentaria. La cuestión exacta es que la sede está en Barcelona, lo cual supone, por de pronto, tener que atender desde lejos aspectos que en ocasiones exigen presencia inmediata, pese a las comunicaciones electrónicas que hoy facilitan enormemente la cercanía en la comunicación. En realidad, hay que insistir, habrá que esperar y ver el desarrollo futuro de esta organización y estar en su caso dispuesto al cambio.

---

<sup>1446</sup> Ibíd. Pp. 5 y ss. *“En otras palabras, sin perjuicio del establecimiento de unas normas o disposiciones generales comunes y uniformes en materia de recursos humanos, gestión económica y patrimonial y sistema único informático y de comunicaciones, tal y como prevé el artículo 32 del Proyecto de Estatuto Orgánico correspondiente a la Secretaría General, resulta necesario que la DT y SA cuente con los medios oportunos de apoyo, teniendo en cuenta que su sede se encuentra en una ubicación geográfica distinta de la sede central o institucional.”*

<sup>1447</sup> Ibíd. Pp. 14 y ss. *“... Atendiendo a razones de eficacia, eficiencia, racionalización y agilidad, principios que de acuerdo con el preámbulo del real decreto deben inspirar el funcionamiento de la nueva CNMC, esta Comisión entiende que no resultaría operativo ni aconsejable para el funcionamiento de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y el cumplimiento de los objetivos del organismo que las funciones encomendadas a la Secretaría General las desempeñaran de forma directa los servicios ubicados en la sede de Madrid, sin contar con áreas de apoyo propias en la Dirección de Instrucción en Barcelona”.*

Se destacó por parte de la CMT<sup>1448</sup>, la existencia de una relación de las actividades de apoyo necesarias para el ejercicio de las funciones encomendadas a la Dirección de Telecomunicaciones y Servicio Audiovisual que atendiendo a su carácter descentralizado respecto a las demás Direcciones de la Comisión se constituyen como indispensables, para su funcionamiento, de allí que se señala que dichas unidades de apoyo deben gestionar (destacamos las importantes<sup>1449</sup>):

- a. *Recursos humanos*: Que se analiza desde dos vertientes. Una dedicada al cumplimiento de las funciones asignadas y la segunda es la gestión del personal y el manejo de su vida laboral. La gestión adecuada de estas dos vertientes, en este caso de un personal que supera una plantilla de 100 personas, repercutirá en la nueva estrategia prevista en la Ley, de allí que sea necesario contar con una Unidad de Recursos Humanos con sede en Barcelona, dependiente de la Secretaria General, encargada de gestionar a todas las unidades y personas, y orientar su actividad con los objetivos previstos para la Nueva Comisión.
- b. *Servicios Económico Financieros*: Al conservar la infraestructura y medios existentes de la sedes existentes, en este caso particular la sede ya creada para la CMT, la nueva Dirección de Telecomunicaciones y Servicio Audiovisual, debe contar con una serie de servicios de naturaleza económica y financiera para el ejercicio de sus competencias ya que la existencia de una sede diferente a la sede principal de la entidad implica un coste independiente; de allí que exista una Unidad encargado del manejo de los recursos asignados a esta sede, sin perjuicio de sistema de financiación previsto en la Ley<sup>1450</sup>. Se sigue asimismo que la Tasa correspondiente a la Tasa general de los operadores se

---

<sup>1448</sup> Ibíd. Pp.15 y ss.

<sup>1449</sup> Se incluyen otro tipo de unidades como:

- a) Actualización del inventario de bienes y derechos.
- b) Servicios de seguridad, vigilancia, comunicaciones, conservación, mantenimiento y servicios comunes de las dependencias.
- c) Sistemas de información

<sup>1450</sup> Ibíd. Pp. 16. “A pesar de que el artículo 33 de la LCNMC contempla que la CNMC se financiará con cargo

a los Presupuestos Generales del Estado, no es menos cierto que, según la normativa sectorial española y comunitaria, el coste de las actuaciones de la CNMC en el ámbito de las comunicaciones electrónicas (excluyendo las relacionadas con la defensa de la competencia) debe financiarse por la Tasa General de Operadores, prevista en el Anexo I de la LGTel.

El apartado segundo de la Disposición Final quinta de la LCNMC, configura una nueva Tasa General de Operadores, que obligatoriamente debe financiar las actividades de regulación de las telecomunicaciones y no ser superior a los gastos en los que hayan incurrido las autoridades nacionales de reglamentación, haciendo expresa mención la Ley a que se contemplen de forma separada los gastos en los que haya incurrido la CNMC por la aplicación del régimen jurídico contemplado en el artículo 6 de la citada Ley.

La Tasa General de Operadores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, deberá imponerse a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, guardando el correspondiente principio de equivalencia entre los gastos en los que ha incurrido la autoridad de reglamentación y la tasa.

Para una mayor transparencia, eficacia y eficiencia, se considera necesario que los gastos correspondientes a la DT y SA, que deben financiarse a cargo de la Tasa general de operadores, se contabilicen de forma separada, consolidándose posteriormente en la contabilidad general de la CNMC”.

contabilice de forma separada, que sea gestionada por parte de la Dirección y sea consolidada posteriormente en la contabilidad general de la CNMC, cumpliendo de esta manera los criterios previstos en la Directiva Marco, en el sentido de precisar que la ANRs encargada de la regulación deben contar con independencia en el manejo de sus recursos y disponer de un sistema adecuado de financiación.

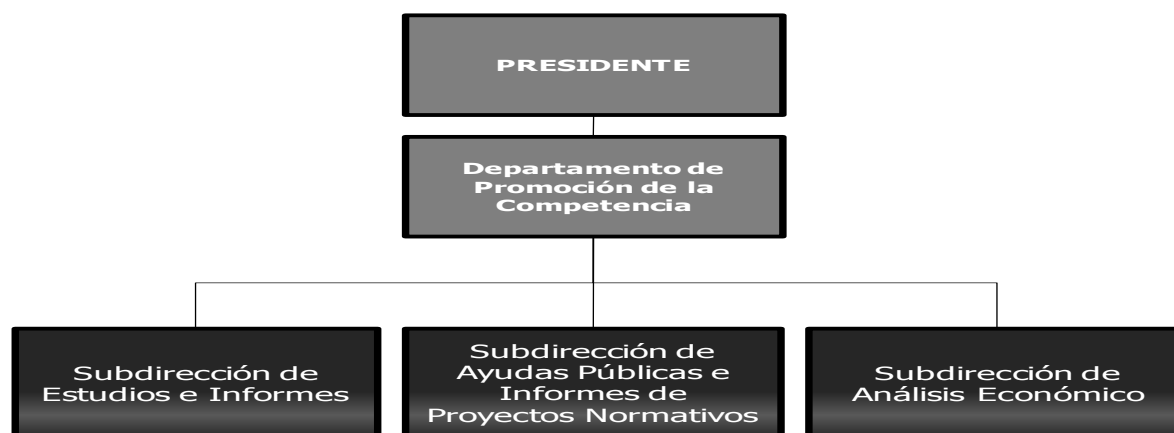
- c. *Contratación:* Al ser una sede aparte, debe contar con una unidad encargada de contratar el suministro, de otros servicios esenciales para la conservación de la infraestructura o, en determinados casos, la contratación de servicios externos para los fines de la Dirección. Para tal efecto el Presidente podría delegar los procesos de contratación, atendiendo a la cuantía, al Director de Dicha Dirección, el cual deberá contar no sólo con la unidad, sino con el personal suficiente para los procesos y procedimientos de contratación y las correspondientes funciones de asesoramiento en esta materia.
- d. *Servicios de archivo y registro de la CNMC:* Se considera como una necesidad imperiosa que esta Dirección cuente con su propio archivo. Compartimos lo dicho por parte de la CMT, en el sentido de que no será conveniente y no correspondería a un criterio de buena gestión administrativa que una vez finalizadas las actuaciones y cualquier tipo de documentación que se genere por parte de la Dirección, sea remitida a Madrid, lo cual es ilógico, porque muchos de los asuntos que se conocen están relacionados con otro tipo de actuaciones realizadas por parte de la Dirección y que requiere de una consulta permanente de los mismos, de allí que sea conveniente la creación de una Unidad de Archivo y Registro encargada de la gestión documental de toda la información que se expida por parte de la Dirección.
- e.
- Secretario General (artículo 28), que hemos de suponer titular del órgano y no considerarle como órgano a “*ad hoc*” pese al carácter meramente descriptivo con el que se relata tal unidad en el referido Estatuto. Compuesto por dos apartados, el primero en que se precisa cómo será su designación y remoción por parte del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, especificándose que este debe ser un funcionario de carrera perteneciente del subgrupo A1 de la Administración General del Estado. Y el apartado segundo, donde se precisa que este ejercerá las competencias y funciones previstas en este mismo artículo, pero se refieren a las previstas en el artículo 27 del Estatuto Orgánico.

#### **6.1.4.2. Departamento de Promoción de la Competencia**

Asimismo dentro de la Sección 5ª, y definida como “Otro órgano”, se describe esta unidad, cuya crítica creación antes hemos narrado.

Compuesto por tres apartados, donde se precisa su dependencia directa al Presidente de la Comisión, la estructura interna de la Dirección y la forma de designación de los Subdirectores.

La estructura interna de esta Dirección<sup>1451</sup> es la siguiente, conforme a lo previsto en el artículo 22 del Reglamento Interno de Funcionamiento<sup>1452</sup>:



**Cuadro 57 - Fuente Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Departamento de Promoción de la Competencia.**

<sup>1451</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Op. cit. Pp. 5 y ss., quienes precisan por un lado que la estructura de la Dirección no cuenta con definición clara en cuanto a su estructura y a sus competencias, que repercutirá en las funciones propias de promoción previstas en la Ley 15/2007 y que conforme a la Ley 3/2013 asume en su integridad.

Uno de los aspectos que más cuestionó esta Comisión respecto al Borrador de Estatuto es que no existía una concordancia respecto de los objetivos previstos en la Ley 3/2015 y los mecanismos y estructura propuesta en el Estatuto, ante la ausencia de efectivos mecanismos de coordinación, tanto formales como informales, entre las diversas Direcciones. Los inconvenientes derivados entre los informes preceptivos entre las Salas y las futuras contradicciones que puedan darse entre los mismos. De allí que se insista por parte de la CNC de la existencia de coordinación, principalmente en la etapa de instrucción de los procedimientos en la distintas Direcciones, atendiendo que en la nueva Comisión concentra tanto las funciones asignadas a la CNC y a las demás comisiones sectoriales en una sola instrucción lo cual requiere de una coordinación fluida y eficaz.

<sup>1452</sup> Artículo 22. Subdirecciones del Departamento de Promoción de la Competencia

El Departamento de Promoción estará estructurado en las siguientes subdirecciones:

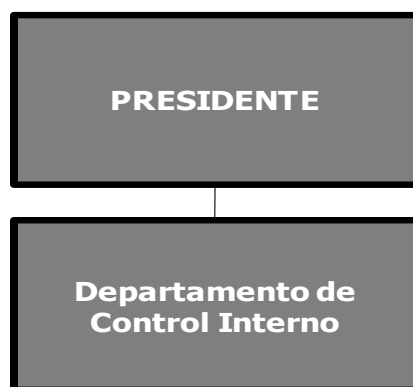
- a) La Subdirecciones de Estudios e Informes
- b) La Subdirecciones de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos Normativos
- c) La Subdirección de Análisis Económico

El apartado primero precisa que esta Dirección dependerá directamente del Presidente y su función principal es la de coordinar todas y cada una de las propuestas que se hayan de elevar al Consejo en materia de promoción de la Competencia, informes sectoriales que incluyan modificaciones del marco regulatorio, ayuda públicas, entre otros.

En cuanto a los titulares de las Subdirecciones, estos serán nombrados por el Consejo, a propuesta del Presidente oído el titular del Departamento de Promoción.

Uno de los aspectos que no fue incluido en el Estatuto, es el correspondiente a la asignación de los temas o asuntos atribuidos al Departamento de Promoción de la Competencia, que debería contar con la categoría de Dirección, atendiendo a la importancia que tiene en la política de competencia la promoción de la competencia. Tal como se encuentra redactado el Estatuto se ve como una estructura vacía sin un alto grado de especialización y su incorporación como otro órgano no dependiente de la Presidencia no garantiza su importancia dentro del Organismo<sup>1453</sup>

#### **6.1.4.3. Departamento de Control Interno**



**Cuadro 58 - Fuente Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Departamento de Control Interno.**

El artículo 38 de la Ley<sup>1454</sup> establece que se creará una Oficina de Control Interno cuya dependencia funcional y capacidad de informe se regirá por los principios de imparcialidad,

---

<sup>1453</sup> Ibíd. Pp. 29.

<sup>1454</sup> Artículo 38. Medidas para mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de los procedimientos de supervisión.

1. Sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos por el Capítulo IV de esta Ley en materia de control económico y financiero, la Comisión dispondrá de un órgano de control interno cuya dependencia funcional y capacidad de informe se regirá por los principios de imparcialidad, objetividad y evitar la producción de conflictos de intereses.

objetividad y evitar la producción de conflictos de intereses, al que haremos referencia posteriormente. Se ha desarrollado en el artículo 31 del Estatuto. Compuesto por 4 apartados, el primero de ellos dedicado a precisar que este Departamento dependerá directamente del Presidente, cuya función en concordancia con lo previsto en el artículo 38, será el encargado de verificar que las actuaciones de la Comisión y de que éstas se realicen de forma que se asegure un adecuado cumplimiento, eficacia y eficiencia.

Su creación dependerá de que el Consejo apruebe las normas para su funcionamiento.

En cuanto a sus obligaciones se indica que éste deberá informar al Consejo sobre el resultado de los trabajos que se lleven a cabo en desarrollo de los planes de auditorías y actuaciones de control interno, sumadas a las demás actuaciones que por indicaciones del Consejo este departamento realice.

Asimismo, será encargado de realizar el Informe del órgano de control interno, donde se especificarán las decisiones que han sido adoptadas por los órganos de la Comisión, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de reforma del Sistema Financiero. Este informe deberá ser aprobado por el Consejo para su posterior remisión al Congreso de los Diputados y al Gobierno.

El Reglamento Interno de Funcionamiento en su Sección 3ª denominado Departamento de Control Interno, artículo 23 donde se replica lo consagrado en el Estatuto Orgánico; sobre este Departamento se indica que es el órgano encargado de verificar todas y cada una de las actuaciones que se lleven a cabo en el seno de la CNMC, con el fin de verificar si éstas han sido realizadas de acuerdo con los parámetros de eficiencia y eficacia en la consecución de los objetivos previstos para la Comisión dentro de los principios de imparcialidad, objetividad e independencia.

Se reitera, que será el Departamento encargado de realizar los informes específicos del órgano interno sobre la adecuación de las decisiones adoptadas por los órganos de la CNMC, de conformidad a lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 44/2002. El informe deberá ser aprobado por parte del Consejo y se remitirá a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al Gobierno.

El Departamento informará de manera periódica de sus trabajos al Consejo.

Para la revisión de la adecuación de los procedimientos analizados a la normativa procedimental de aplicación, el Departamento de Control Interno podrá realizar controles

---

2. La Comisión elaborará anualmente una memoria sobre su función supervisora que incluirá un informe del órgano de control interno sobre la adecuación de las decisiones adoptadas por la Comisión a la normativa procedimental aplicable. Esta memoria deberá ser aprobada por el Consejo y remitida a las Cortes Generales y al Ministerio de Economía y Competitividad.

previamente definidos a una muestra de procedimientos suficientemente representativa obtenida de forma aleatoria.

Para el ejercicio de las funciones asignadas a este Departamento, el personal de la CNMC colaborará de manera permanente.

A propuesta del Presidente, el Departamento de Control Interno establecerá y desarrollará aquellos otros procedimientos que la gestión de la institución requiera.

Sobre el particular, vale destacar el informe de la CNE<sup>1455</sup>, que si bien es válida la inclusión de este departamento, no quedaron muy bien delimitados algunos aspectos que son precisados en la Ley. Principalmente sobre la imparcialidad y objetividad y su régimen de dependencia, el cual se fija directamente dependiendo del Presidente de la Comisión. Hubiese sido conveniente continuar con la línea prevista respecto a este tipo de Departamento en las Comisiones que se fusionan, particularmente el sistema propuesto por la CNE donde dicho Departamento era dependiente funcionalmente del Consejo de dicha Comisión y estaba adscrito orgánicamente al Presidente, aspecto que debió ser incluido, pero que no fue tenido en cuenta por parte del Gobierno<sup>1456</sup>. En igual sentido, respecto a su puesta en funcionamiento hubiese sido más afortunado, conforme a lo previsto en la Disposición transitoria primera, la continuidad de los Departamentos de Control Interno de las Comisiones que se extinguían, evitando el vacío legal y el ejercicio de las funciones por parte de la de este departamento.

Es posible que tenga visos de razón esta argumentación, mas al mismo tiempo, no hay que olvidar que la finalidad pretendida en primer lugar era el ahorro de costes<sup>1457</sup>, lo que lleva a un control unificado también, con algunas eficiencias que no se pueden desconocer.

En definitiva, nos aventuramos en terreno incógnito ya que la benevolencia o no de una propuesta organizativa, como sucede siempre y basta para comprobarlo acudir al mercado de la consultoría, supone desde luego una suma de ventajas e inconvenientes que solamente se pueden despejar acudiendo al sistema de “prueba y error”, esto es, observando su desempeño

---

<sup>1455</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp.48 y ss.

<sup>1456</sup> *Ibíd.* Pp. 50. El texto propuesto por parte del CNE era:

*“1. Bajo la dependencia funcional del Consejo y orgánica del Presidente, existirá el Departamento de Control Interno que, en atención a los principios de imparcialidad, objetividad y evitar la producción de conflictos de intereses, se encargará de verificar que todas las actuaciones llevadas a cabo en el seno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se realicen de forma que se asegure un adecuado nivel de cumplimiento, eficacia y eficiencia en la consecución de sus objetivos y que se ejercen sus funciones y competencias de acuerdo con los principios de imparcialidad, objetividad e independencia.”*

<sup>1457</sup> COMISION PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. *Reforma de las Administraciones Públicas. Cora.* Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Disponible en: [http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma\\_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF](http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF) [En línea] (Consultado el 22/03/2014). Donde se precisa cual ha sido el ahorro tras la creación de la CNMC

en el tiempo y, a partir de ahí, comprobar en qué ha venido a parar la correspondiente propuesta.

## 6.2. ESTATUTO ORGÁNICO

El artículo 26 del denominado Estatuto Orgánico<sup>1458</sup>, señala que será el Gobierno el encargado de fijar, mediante Real Decreto, el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley<sup>1459</sup>.

La Sede principal en Madrid<sup>1460</sup>, precisándose en la Disposición adicional decimoctava de la Ley titulada Otras sedes, donde se indica que la Comisión podrá tener otras sedes<sup>1461</sup>, y para tal efecto aprovechar la infraestructura existente de las Comisiones que se fusionan, particularmente la infraestructura y recursos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con sede en Barcelona, allí que la Dirección de Telecomunicaciones del Sector Audiovisual (Instrucción de Telecomunicación y Servicios Audiovisuales), se sitúe allí.

---

<sup>1458</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 28-2- Serie A: PROYECTOS DE LEY. 13 de marzo de 2013. ENMIENDAS E INDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO. 121/0000028 Proyecto de Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1) [En línea] (Consultado el 6/06/2013).

<sup>1459</sup> Disposición final décima. Habilitación normativa.

2. En el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo de Ministros aprobará mediante Real Decreto, el Estatuto Orgánico a que hace referencia el artículo 26 de esta Ley, en el que se establecerán cuantas cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resulten necesarias conforme a las previsiones de esta Ley y, en particular, las siguientes:

a) La estructura orgánica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

b) La distribución de competencias entre los distintos órganos.

c) El régimen de su personal.

<sup>1460</sup> Una vez publicado el Anteproyecto, se consideró por parte del Gobierno la posibilidad de contar con subsedes aprovechando las instalaciones de los organismos reguladores como sucede con la CMT, la cual tiene su sede en la ciudad de Barcelona, como se afirmó en la rueda de prensa de 24 de febrero el año en curso ver más [http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Ruedas/\\_2012/cmnp20120224.htm](http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Ruedas/_2012/cmnp20120224.htm), señalando:

*"El propio anteproyecto prevé la construcción o el aprovechamiento de las actuales para poder abrir subsedes de este organismo al margen de Madrid, en otras comunidades autónomas o ciudades que por su volumen de actividad así se haga aconsejable", ha añadido.*

*En el caso de la CMT "puede ser aprovechada para subsede de este organismo con lo que en ese ámbito no sólo operaría una parte de los mercados, sino el conjunto de los mercados, lo que redundaría en eficacia".*

<sup>1461</sup> Artículo 2.3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá su sede principal en Madrid. El REAL DECRETO por el que se apruebe su Estatuto Orgánico podrá prever la existencia de otras sedes.



Sobre este aspecto, Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1462</sup> en su Disposición adicional tercera establece las Sedes En sus tres apartados precisa cual será la sede principal de la Comisión, las otras sedes de la Comisión y ubicación de las Subdirecciones y demás unidades inferiores.

La particularidad del Estatuto es que refleja los objetivos y principios que inspira la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que se refleja en la estructura y reparto de funciones con lo cual se pretende alcanzar una supervisión más eficaz, atendiendo que en el mismo organismo confluyen tanto la supervisión *ex ante* y *ex post*, lo cual permite que las herramientas y mecanismos previstos en cada una de ellas puedan ser aplicables para mejorar la calidad de la supervisión y la consecución de una estructura más sencilla, con el fin de evitar duplicidades innecesarias que afectan y repercuten en la seguridad jurídica e institucional, por lo tanto lo que se busca es reforzar la independencia en la toma de decisiones por los distintos órganos que la componen, utilizando los recursos necesarios y conforme a las normativa aplicable por parte de la Unión Europea en cada uno de los sectores regulados.

Sobre este aspecto el Estatuto en su Exposición de Motivos, manifiesta la voluntad gubernamental de lograr un desarrollo eficiente de la Ley, como es de esperar. Y así, dice:

*“...En esta línea, en el desarrollo de los aspectos relativos a la organización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se ha buscado, en primer lugar, preservar y reforzar la independencia en la toma de decisiones, fundamental en el actuar del organismo, y su correlato en la autonomía y suficiencia en la gestión de los recursos, todo ello dando debida atención al principio de economía, que se deriva de la búsqueda de la austeridad en el uso de los medios adscritos al organismo, asegurando en todo caso los recursos necesarios para el ejercicio adecuado de sus funciones. Así se desprende del nuevo sistema de nombramiento de los miembros del Consejo de la Comisión, con una mayor involucración del Parlamento, del sistema de nombramiento de los Directores de Instrucción y del resto del personal directivo y del régimen presupuestario basado en la suficiencia de recursos.*

*En cuanto al funcionamiento, se ha buscado que junto al principio de eficacia, que ya caracterizaba el actuar de los organismos preexistentes, tengan cabida los principios de eficiencia, racionalización, agilidad, objetividad y transparencia. Estos principios son los inspiradores del sistema de funcionamiento del Consejo en Pleno y en Salas y del sistema de atribución de asuntos que reserva al Pleno los más complejos donde es necesario unificar criterios para ofrecer una solución equilibrada e integral de los problemas de los mercados en beneficio del consumidor. Estos principios son también inspiradores de las disposiciones sobre transparencia y del régimen presupuestario y de personal.*

*Hay que tener en cuenta que el funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se ajustará a la normativa aplicable de la Unión Europea, en especial sobre los sectores de telecomunicaciones y energía, que busca el desarrollo de una mayor integración del Mercado Único de la Unión Europea. La Comisión contribuirá también al logro de estos objetivos a través del mantenimiento de una colaboración regular y periódica con otras autoridades de*

---

<sup>1462</sup> REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013).

*supervisión de la Unión Europea y con las propias agencias de cooperación de los reguladores europeos en materia de energía y de comunicaciones electrónicas...*<sup>1463</sup>”

Y como un último aspecto, está relacionado con la ubicación de las diversas Subdirecciones y unidades inferiores con el fin de que estas puedan ejercer sus competencias de acuerdo con los parámetros previstos tanto en la Ley de Creación de la Comisión, como en su Estatuto Orgánico. Sobre este aspecto sí indica que se aprovecharán, tanto los recursos como la experiencia del personal que las viniera ejerciendo con el fin de garantizar su continuidad y la experiencia sobre los asuntos objeto de conocimiento.

El Estatuto se constituye en elemento donde se reflejará la arquitectura de la Comisión. Especifica las atribuciones y funciones tanto del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, del Pleno y de las Salas, de las atribuciones y competencias dadas tanto al Presidente como al Vicepresidente y el marco competencial de las Direcciones, de los otros órganos que formarán parte de la Comisión, con todos los puestos de trabajos y las Subdirecciones de este nuevo Organismo. Incluye asimismo el Personal al Servicio de la Comisión y lo correspondiente al régimen de contratación, de patrimonio, presupuesto y control y las medidas tanto de Transparencia y control interno. En particular el Estatuto permite configurar la estructura funcional de esta entidad, particularmente en la definición de las Direcciones y Subdirecciones, en las que se delegarán funciones del Consejo, sean de ámbito general o las correspondientes a un sector específico de la actividad, de la organización interna de la entidad, su responsabilidad y el personal directivo previsto para cada una de esas áreas, designado por la Consejo a propuesta del Presidente, el cual cumplirá y atenderá a las instrucciones dadas por el Consejo o por la Presidencia de la Comisión<sup>1464</sup>.

#### **a. Facultad autoorganizativa de la CNCM**

El apartado 4, consagra que será el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el encargado dentro del mes siguiente a la entrada en funcionamiento de la entidad de aprobar el Reglamento interno de funcionamiento de la entidad, sujeto a lo establecido en el Estatuto Orgánico (El Reglamento, ha de ser aprobado por el voto favorable del al menos seis de los miembros del Consejo), que se constituye en el instrumento que garantiza la independencia de las Administraciones independientes.

---

<sup>1463</sup> Ibíd. Pág. 624.

<sup>1464</sup> Artículo 26.3. Corresponde al personal directivo la dirección, la organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones emanadas del Consejo y del Presidente de la Comisión, sin perjuicio de la debida separación entre las funciones de instrucción y resolución en procedimientos sancionadores.

El personal directivo de otras áreas de responsabilidad diferentes a las Direcciones de instrucción, será nombrado y cesado por el pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a propuesta de su Presidente. La selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley.

El problema que presenta con el Reglamento Interno de Funcionamiento, es que se ve claramente limitado por parte del Gobierno, que definió la Estructura interna de la Comisión, así sus funciones y demás órganos de la entidad. En la propuesta inicial se incorporaba la fórmula de que el Presidente fuera designado por parte de los miembros del Consejo, como un criterio para garantizar esa facultad de autoorganización propia de estas administraciones, pero se recurrió a la vieja tesis en la que el Presidente sería designada por el Gobierno, permitiéndonos concluir que la CNCM cuenta con algunos rasgos de las Administraciones Independientes, pero no cuenta con todos los rasgos característicos de este tipo de entidades.

La justificación dada por el Gobierno, es que la intromisión y limitación a esta potestad viene dada por la garantía de la independencia que debe tener el Consejo respecto de las Direcciones de Instrucción siendo necesario, que un tercero venga a definir su estructura, sin ponderar los efectos adversos que puede generar para el mercado un modelo como el aprobado.

Dicho Reglamento Interno fue aprobado por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión celebrada el 4 de octubre de 2013 y viene a determinar cómo será la actuación de cada uno de los órganos que la compone, cómo será la distribución del personal, lo correspondiente a la transparencia y la reserva de información y, particularmente el Reglamento, vendrá a detallar cómo será el funcionamiento del Consejo, su régimen de convocatorias y las sesiones tanto del Pleno como de las Salas y cuál será el procedimiento que se seguirá para la elevación de los asuntos para su consideración.<sup>1465</sup>

---

<sup>1465</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013...Op. cit. Pp. 12 y ss. Donde se precisa cual será el alcance que tiene el Estatuto Orgánico y los límites del mismo, el cual consiste en regular exclusivamente las materias reservadas a él, sin inmiscuirse en aspectos propios que caracterizan la independencia y auto-organización de una Autoridad Reguladora. Sin dejar de lado la coordinación entre estos dos instrumentos en los aspectos correspondientes como la distribución de asuntos entre el Pleno y las Salas.

Es indudable la colaboración entre estos dos instrumentos, teniendo de presente que el Estatuto no puede invadir materias propias del Reglamento, ya que se constituye en uno de los aspectos más importantes en cuanto el diseño de la Comisión y de las funciones tan dispares que tiene que desempeñar. El síntesis el Estatuto debe atender a la naturaleza jurídica de la entidad y a los mandatos Europeos que han reiterado imperiosamente que el organismo o autoridad reguladora cuente con independencia funcional, que se ve reflejada en la aprobación de su Reglamento donde se establezca su funcionamiento sin ningún tipo de injerencia externa.

Sobre el particular la Comisión indica:

*“En consecuencia, planteado el conflicto material, éste debe ser resuelto a través de la adecuada e indispensable colaboración entre el Estatuto y el Reglamento, sobre la base de la siguiente premisa: el respeto a la potestad auto-organizativa que descansa sobre el reiterado estatuto de independencia de la ARN. Por lo tanto, hay que establecer un equilibrio perfecto entre el Estatuto y el Reglamento de funcionamiento interno desde el punto de vista que el Estatuto no debe invadir materias atribuidas al Reglamento. En este sentido, se identifican determinados preceptos del Estatuto que deberían limitarse a contener una regulación que cabría denominar de “primer grado”, que habilitaría y no mermaría un desarrollo posterior en el Reglamento. En este sentido, habrá de acudirse a fórmulas amplias y relaciones no exhaustivas o limitativas, así como evitar la identificación y número de unidades concretas”.*

Algunas reflexiones sobre el Estatuto ya habían sido enunciadas en el análisis correspondiente a los Órganos de Gobierno en los distintos Informes de las anteriores Autoridades Reguladoras, en el sentido de que le atribuye a otro agente que es el Estado la posibilidad de definir la estructura interna de la entidad, lo cual se considera un contrasentido atendiendo a que es el Legislador quien define a grandes rasgos la estructura de la entidad.

La asignación al Gobierno de determinar la estructura de la entidad, afecta la independencia de la misma y la capacidad que se les ha dado de poder darse su propia organización, lo que puede conducir a un grado notable de dependencia del Estado, ya que, como habíamos anotado, no solamente está relacionado con el control de eficacia de su actividad, sino que puede existir una posible transgresión al modelo previsto en el Derecho Comunitario respecto a la entidades reguladoras.

En todo caso, la estructura que se defina debe garantizar la independencia y autonomía de la entidad<sup>1466</sup>, de allí que cualquier intromisión o referencia que supere los límites previstos en la Ley se determinara como una intrusión al correcto funcionamiento de la Comisión<sup>1467</sup>

Asimismo, se entiende que atendiendo al principio de seguridad jurídica, la Ley debió establecer unas líneas claras respecto a la estructura de la entidad, las relaciones de coordinación, tanto formales como informales entre los diferentes órganos instructores<sup>1468</sup> y el

---

<sup>1466</sup> Artículo 2. Naturaleza y régimen jurídico.

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, está sometida al control parlamentario y judicial.

<sup>1467</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx> [en línea] (Consultado 28/06/2013). “En primer lugar, de acuerdo con lo señalado en el artículo 26.1 y la disposición final 10ª de la Ley 3/2013, el alcance y finalidad del Estatuto Orgánico se centran en el diseño institucional del nuevo organismo. Los principios que de modo explícito reconoce el artículo 21 de independencia y la autonomía funcional y orgánica del organismos, debiendo quedar diferidos los aspectos de detalle al Reglamento de Funcionamiento Interno que debe aprobar el propio organismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 26.4 de la Ley 3/2013. En consecuencia, deberá calificarse de lesivo a la independencia del organismo cualquier mención contenidas en el estatuto que vaya más allá de preciso ámbito al que el artículo 26.1 y la disposición final 10ª de la Ley 3/2013 ciñen el objeto y alcance del mismo”.

<sup>1468</sup> GARCIA-VALDECASAS, RAFAEL. Sesión Magistral: *La importancia de la arquitectura institucional en la aplicación efectiva de las normas*. Ponencia presentada en el 50 ANIVERSARIO DE NORMATIVA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA. Madrid, 27 de junio de 2013. El éxito de una organización está supeditado a que ésta cuente con una sólida estructura; si no la tiene es imposible que esta pueda supervisar y vigilar el correcto funcionamiento del mercado. En el caso objeto de estudio los sistemas regulatorios se caracterizan por la consecución de una serie de principios como los son el Bienestar Social, Seguridad Jurídica, la transparencia, las buenas prácticas procesales y un adecuado sistema de revisión judicial. Si a la nueva Comisión no se le de toda de una serie de instrumentos por los cuales se garantice su independencia, traerá como consecuencia que los asuntos de su competencia sean conocidos por personas que no cuentan con las suficientes aptitudes y destrezas para decidir. Estamos en presencia de un órgano de carácter multidisciplinar y pluri-profesional, donde la toma de decisiones se realiza tomando todos y cada uno de los elementos en juego previamente analizados por los expertos en cada una de las disciplinas tanto jurídicas,

aprovechamiento de las sinergias, lo cual, al no hacerlo, genera inseguridad respecto al funcionamiento interno de la entidad ante esta serie de vacíos<sup>1469</sup>. Y sumado a que un diseño realizado por Ley, se constituye en una garantía de su independencia, como recuerda BETANCOR<sup>1470</sup>, en el sentido que cuando una entidad cuenta con una organización compleja, con pluralidad de direcciones y organismos internos, es factible que pueda darse la captura del regulador<sup>1471</sup>, por lo que hay que precaver desde el propio plano legal creando así un escudo protector frente al riesgo de secuestro del regulador.

La ausencia del establecimiento del número de Subdirecciones, ni los aspectos relevantes en cuanto a su funcionamiento, pueden generar efectos contrarios en los sectores regulados, sin olvidar que se está dejando de lado la experiencia y los procesos adelantados por parte de los Organismos Reguladores fusionados los cuales han desarrollado sus funciones de acuerdo con los parámetros previstos en la Directivas Comunitarias.<sup>1472</sup>

En lo correspondiente al personal directivo solo existe una referencia, señalando que el Estatuto Orgánico deberá asignar qué cargos cuentan con esta característica y cuáles son sus

---

como económicas, particularmente el análisis coste beneficio de las decisiones a adoptar. Por consiguiente, el Estatuto debe responder a que exista seguridad jurídica, confianza institucional, que se concreten en la aplicación de normas claras, aplicadas dentro de una eficiente y adecuada arquitectura institucional que repercuta en la actuación de los agentes económicos.

Sobre este aspecto SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. *“Adiós a la Comisión Nacional de Competencia”*. El imparcial. Disponible en: <http://www.elimparcial.es/economia/adios-a-la-comision-nacional-de-competencia-125006.html> (Consultado 02/07/2013). *“La independencia efectiva, tanto mirando ex ante de donde proviene el miembro correspondiente, como ex post facto, esto es, a donde va después, para evitar el problema fundamental de la “puerta giratoria” es clave de resolver y eso significa que deberán estar suficientemente bien pagados las cesantías, cuando se vayan de vuelta a casa, ya que con la nueva Comisión, que abarca todos los sectores regulados, prácticamente no van a poder trabajar durante dos años en ningún sitio”*.

<sup>1469</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados. Óp. cit. 19

<sup>1470</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Regulación...* Op. cit. Pp. 361.

<sup>1471</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia... Op. cit. Pp. 64 y ss. Quien siguen en la misma línea del profesor Betancor, en el sentido que la asunción de un sinnúmero de competencias, lo que incentiva no es que los reguladores capturen al regulador sino que sea la propia Administración y los intereses partidistas los que interfieran con el normal desarrollo de las actividades de la Comisión y que los técnicos atendiendo a sus conocimientos especializados puedan regular efectivamente sin la injerencia partidista y del Gobierno en las decisiones a adoptar. Sobre este tema el autor indica *“...Segundo, la reducción del riesgo de “captura” se vería contrarrestada con una sustancial reducción de la independencia del regulador multisectorial. La extraordinaria concentración de poder en una única Administración incentiva la ocupación partidista de la misma. Difícilmente va un Gobierno a dejar en manos de técnicos independientes un regulador con tantas y tan relevantes funciones. No olvidemos que la propuesta de concentrar en una única Administración independiente todas las funciones sectoriales e incluso de competencia fue impulsada por Telefónica. Incluso se ha acusado al Gobierno de proponer el cambio institucional tan sólo para poder elegir a los Consejeros y garantizar su control”*.

<sup>1472</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación. Óp. cit. 108. *“El aprovechamiento de todos esos medios materiales y humanos se configura como un instrumento totalmente idóneo para contribuir al objetivo de contención del gasto público en un entorno de austeridad en el que, como se reconoce en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, se encuentra inmersa la Administración Pública en donde no se deben desaprovechar las economías de escala y de alcance existentes.”*

responsabilidades. Si revisamos la Ley de Economía Sostenible existe una referencia específica y una diferencia en cuanto a las funciones asignadas al Personal Directivo y no directivo tal como encuentra consagrado en los artículos 17 y 18 de la citada Ley, los cuales deberían ser tenidos en cuenta para efectuar las distinciones entre unos y otros y tener una coherencia con los postulados previstos en el artículo del Anteproyecto que establece el Régimen Jurídico del personal de la Comisión.

*Sección 4.ª Del personal de los organismos reguladores*

**Artículo 17. Personal directivo.**

*1. Los Organismos Reguladores se organizarán en áreas de responsabilidad, cualquiera que sea su denominación, al frente de las cuales se designará al personal directivo.*

*2. Corresponde al personal directivo la dirección, organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones emanadas del Consejo y del Presidente del Organismo.*

*3. El personal directivo será nombrado por el Consejo del Organismo Regulador a propuesta de su Presidente. La selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Dicho personal colaborará con los miembros del Consejo para el mejor desempeño de sus funciones.*

**Artículo 18. Personal no directivo.**

*1. El personal no directivo de los Organismos Reguladores desempeñará sus funciones con objetividad y aplicando criterios exclusivamente profesionales.*

*2. Los Organismos Reguladores diseñarán una carrera profesional del personal no directivo que favorezca la dedicación, la superación y la formación continuadas.*

*3. La selección del personal no directivo se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. El personal no directivo colaborará con los miembros del Consejo y con el personal directivo para el mejor desempeño de sus funciones.*

Ahora bien, sobre este aspecto, se indica como una de las atribuciones del Consejo la designación del personal directivo diferente a los Directores de Instrucción, el cual será propuesto por parte del Presidente y cuyo nombramiento y cese será realizado por parte del Consejo. La selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley.

Lo que se debe buscar con la designación del este tipo de personal es que prime los conocimientos y criterios técnicos que se deben tener para ocupar dichos cargos, de allí que una

Comisión de carácter independiente similar a la CreSAP<sup>1473</sup> portuguesa pueda garantizar que el personal, a través de fuertes criterios de selección, que evitaran la futura captura del regulador dentro de los cargos directivos. De allí que sea determinante que la selección que se realice permita que sólo los mejores puedan acceder a dichos cargos ajenos a las presiones o criterios adicionales para su designación en los citados cargos, aspecto que debería hacerse extensible a los Consejeros de la Comisión, con el fin de evitar nombramiento políticos, sino de carácter técnico, de allí que se pueda contar con un verdadero regulador independiente con una sola estructura institucional orientada a la consecución de la seguridad jurídica y la mejora del inversión en cada uno de los sectores regulados y evitando la discrecionalidad en la designación de los miembros que harán parte de la Comisión, a través de un fuerte sistema meritocrático<sup>1474</sup>.

---

<sup>1473</sup> SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO y BILHIM, JOÃO. “La racionalidad...Op. Cit. Pp. 41 y ss. Quienes señalan: “Nominalmente, tanto en Portugal como en España, existían dispuestas en las Leyes, teóricas menciones a la calidad, la excelencia y acompañadas de transparencia, publicidad y competencia-concurrencia y aptitud- en la selección del Personal Directivo. Pero como hemos indicado, más allá del puro formalismo legal, prácticamente quedaba en aguas de borrajas todo la parafernalia leguleya, puesto que quien hacía la designación del personal, era la clase política, normalmente el Gobierno, sin prácticamente someterse a ningún tipo de control. Por supuesto, también, en las Empresas Públicas y demás Entes, ocurría exactamente lo mismo, tal como todavía acontece en España tanto a nivel central como sobre todo en el nivel regional, y siguiendo su estela, en el local.

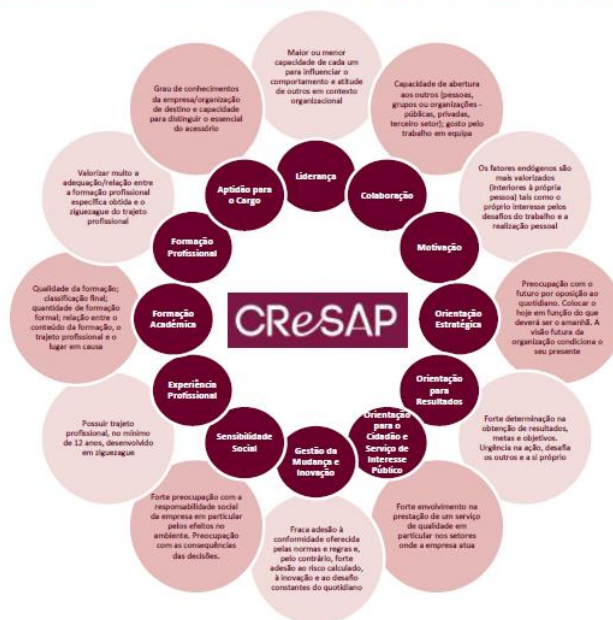
Y esto, exactamente esto, es lo que viene a mudar por completo la Ley 64/2011, al romper la unidad de designación, el monopolio en el nombramiento, que tenía la clase política. Y todo ello, sin merma, desde luego, de la libertad gubernamental y por ende, del albedrío que encarna siempre un Gobierno elegido, ya que el “critérium” técnico que incorpora la propuesta que realiza una Comisión independiente, no elimina la discrecionalidad gubernamental. Simplemente le enfrenta con su propia responsabilidad vía independencia y transparencia que concentra una Comisión también elegida parlamentariamente, la cual, reduce dicha discrecionalidad técnica. Porque se supone que los Directores encargados de un ramo técnico de la Administración tienen que tener, en teoría, profesionalidad, experiencia, capacidad. Todo esto, hay que recordar, la venían diciendo la Leyes desde hace mucho tiempo. Y lo que ocurría es que no se cumplía por no se podía cumplir: si el Gobierno es quien decide, pues simplemente decide, esto es, adopta un acuerdo que luego o no tiene que justificar, o adorna su justificación ex post facto con cualesquiera argumentación, por banal, infeliz leve e insignificante que sea. Y es que nunca se le puede pedir al ahorcado que lleve su propia soga: no lo hará. Así que mientras sea el propio Gobierno el que decida sin más, el resultado, siempre, será la pura decisión, la cual, será acertada o no, pero queda remitida al “mysterium” a la pura magia e imprevisión, puesto que por definición no será una resolución motivada y por ende controlable, sin un mero “Diktat”.

...  
 Esto es pues, con lo que acaba la CreSAP. A partir de ahora, como iremos, viendo detenidamente, se quiebra el monopolio en la designación al encargarse a esta Comisión la selección. Esta selección ha de ser motivada. La motivación responde a criterios reglados previamente conocidos y contrastados (son doce previamente publicitados en la red y que figuran en el Portal de la CreSAP) y cuya aplicación comienza precisamente por la propia autoevaluación que se haga a sí mismo el candidato sobre la base de aplicarse tales criterios. El Gobierno puede efectivamente definir el perfil, también previamente publicitado y que tiene que tener conexión con el puesto, pero siempre, a su vez, pudiéndose alcanzar dicho perfil mediante el cumplimiento de los doce criterios, que puede intensificar o priorizar el Gobierno, dando preferencia según el puesto a un criterio sobre otro, pero siempre publicitados y por ende, racionalmente motivados ante todos, ya que cualquiera pueda asomarse a la red en cualquier momento y en cualquier lugar....”.

<sup>1474</sup> Ibídem. Pp. 42. “El sistema meritocrático es una exigencia de una sociedad democrática que, del punto de vista de los principios, garantiza la igualdad de oportunidad para todos. Tal principio se concreta en la medida en que los nombramientos, promociones y el reconocimiento público recaen en individuos capaces, de competencia reconocida y comprobada, pues las oportunidades están abiertas a todos y no se limitan a personas dotadas de relaciones personales y de parentesco o poseedores de status hereditarios o privilegios

Dichos criterios de selección podrían, teniendo como modelo los previstos en la CreSAP<sup>1475</sup>:

#### DOZE CRITÉRIOS PARA A AVALIAÇÃO DE UM GESTOR/DIRIGENTE



**Cuadro 59 - Fuente CreSAP: 12 Criterios para la Evaluación de un Dirigente o de un Gestor de una Entidad Pública.**

#### **b. Técnicas de Participación**

Un aspecto a destacar en la técnica organizadora, contando desde luego con habilitación legal, es la discrecionalidad de crear Comités Consultivos *necesarios para asegurar la participación de los agentes económicos y los consumidores en el asesoramiento de la Comisión.*

Se debe tener en cuenta que las decisiones, proyectos y estudios que se realicen por parte de las Comisiones Delegadas Sectoriales, deben contar con la participación permanente de los agentes y demás participantes en los mercados. La ausencia de estos Comités denotaría la imposibilidad de contar con mecanismos para entablar un diálogo permanente y continuó con los agentes supervisados, afectando el principio de transparencia que pretende ser garantizado en el Anteproyecto, en el Proyecto y finalmente en la Ley aprobada.

La finalidad de estos Comités es poder a través de un dialogo con los destinatarios de la regulación tener posibilidad de contar con la suficiente información para la definición de

---

*corporativos. La meritocracia lleva igualdad de oportunidades y eficiencia en la selección de personas. Garantiza que las conquistas son siempre mediante el mérito propio del individuo y rompe con las relaciones de costumbres, hereditarias o apadrinamientos”.*

<sup>1475</sup> Disponible en: <http://www.cresap.pt/cresap/doze-criterios-de-avaliacao.html> [en línea]



criterios para el mejoramiento de aspecto para la defensa de los intereses de los usuarios y de los mismos agentes.

La Ley solo viene a reconocer la creación del Consejo Consultivo de Energía<sup>1476</sup>, previendo la posibilidad de crear otros Consejos; quizás hubiese sido conveniente que la Ley consagrara la creación de todos los Consejos, lo que permitiría que los interesados, tales como los usuarios, consumidores, operadores, etc., puedan confluir en ellos para asesorar a la Comisión Nacional de los Mercados y se pueda lograr una regulación eficiente y acorde a las necesidades de los sectores regulados, precisando su forma de designación y las facultades asignadas.

La modificación introducida por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, reitera la importancia de la labor de los Consejos Consultivos, en particular lo consagrado en la Disposición adicional segunda. Carácter urgente de los informes.

*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emitirá con carácter urgente, previa consulta al Consejo Consultivo de Electricidad, los informes que le sean requeridos por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en el desarrollo de las materias de este real decreto-ley y de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico en el plazo máximo de 15 días. Este plazo será de 7 días en el supuesto previsto en la disposición final cuarta.*

*El carácter urgente deberá constar de forma expresa en el escrito de petición de informe.*

Sobre los Órganos de asesoramiento en materia de Energía, la Disposición transitoria séptima del Estatuto, señala conforme a la disposición transitorio décima<sup>1477</sup> de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que los Consejos Consultivos de Electricidad e Hidrocarburos seguirán ejerciendo sus funciones hasta que se constituya efectivamente el Consejo Consultivo de Energía, manteniendo su vigencia hasta el momento lo

---

<sup>1476</sup> Disposición adicional decimoquinta. Consejos consultivos.

1. Se crea el Consejo Consultivo de Energía, como órgano de participación y consulta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en las materias competencia de la Secretaría de Estado de Energía.

El Consejo Consultivo de Energía estará presidido por el Secretario de Estado de Energía, o persona en quien delegue, y tendrá entre sus funciones el estudio, deliberación y propuesta en materia de política energética y minas.

Asimismo, conocerá sobre los asuntos que el Gobierno o el Ministro de Industria, Energía y Turismo le sometan.

2. Podrán crearse igualmente consejos consultivos en los sectores de telecomunicaciones, audiovisuales, de transportes y postal.

<sup>1477</sup> Disposición transitoria décima. Órganos de asesoramiento de la Comisión Nacional de Energía.

Los órganos de asesoramiento de la Comisión Nacional de Energía previstos en la

Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, seguirán ejerciendo sus funciones hasta que se constituya el Consejo Consultivo de Energía previsto en la Disposición adicional decimoquinta de esta Ley.

dispuesto por la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo III, Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio<sup>1478</sup>, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía.

### **6.3. ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

El Reglamento Interno de Funcionamiento de la Entidad prevé en su Capítulo III como será la Organización Interna de la CNMC; es así como el artículo 12 hace referencia al Comité de Dirección, cuya finalidad es la de asegurar el mantenimiento del buen orden y gobierno de la organización de la Comisión y su labor es la de asesorar tanto al Presidente como al Vicepresidente en el ejercicio de las funciones que se han asignadas, particularmente las de dirección, coordinación, evaluación y supervisión de las distintas unidades de la CNMC, sin perjuicio de las funciones del Consejo. Corresponderá al Presidente su régimen de Funcionamiento y la periodicidad de las reuniones.

En cuanto a su composición, estará integrado por:

- a) Presidente
- b) Vicepresidente
- c) Directores de Gabinete
- d) Los Directores de las cuatro Direcciones de Instrucción
- e) El Secretario del Consejo
- f) Director del Departamento de Promoción
- g) Secretario General

---

<sup>1478</sup>REAL DECRETO 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. (BOE Núm. 202 de 24/08/1999).

#### **CAPÍTULO III**

Estructura de la Comisión Nacional de Energía.

#### **SECCIÓN 3.<sup>a</sup> ÓRGANOS DE ASESORAMIENTO**

Artículo 28. Órganos de asesoramiento de la Comisión.

1. El Consejo Consultivo de Electricidad y el Consejo Consultivo de Hidrocarburos a los que se refiere el apartado segundo de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, son órganos de asesoramiento de la Comisión Nacional de Energía.

2. Sin perjuicio de las peculiaridades previstas en el presente Real Decreto, estos Consejos Consultivos se regirán por lo dispuesto para los órganos colegiados en el capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 29. Funciones de los Consejos Consultivos.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, el Consejo Consultivo de Electricidad y el Consejo Consultivo de Hidrocarburos, en relación con el sector sobre el que cada uno es competente, podrán informar respecto a las actuaciones que realice la Comisión Nacional de Energía en el ejercicio de sus funciones. Este informe será preceptivo sobre las actuaciones a desarrollar en ejecución de las funciones segunda, tercera, cuarta y séptima recogidas en el apartado tercero.1 de la disposición adicional undécima de la citada Ley.

- h) Los invitados del Presidente, pertenecientes a la Comisión, siempre y cuando sea necesario.

Naturalmente, es capital que se mantenga dentro del círculo de atribuciones, no invadiendo ni siquiera indirectamente las que corresponden al Consejo.

El artículo 13 alude a las Instrucciones internas, donde se le asigna la competencia al Presidente de la Comisión de poder dictar Instrucciones internas que considere convenientes para la organización y funcionamiento de los servicios de la CNMC, que serán de obligatorio cumplimiento por todos los servicios de la Comisión, y corresponderá a la Asesoría Jurídica emitir un informe sobre la legalidad de dichas instrucciones. Se corresponden con las clásicas Circulares internas, que tanta tradición tienen en el Derecho Administrativo de la Organización.

Por último, se señala en el artículo 14, la existencia de unos Grupos de trabajo de la Comisión Nacional de los Mercados y las Competencia, los cuales se crearan atendiendo a la complejidad de los asuntos que requieran la cooperación de varias unidades directivas; el Consejo en pleno o en Sala podrá acordar la creación de grupos de trabajo interdepartamentales.

Se trata de una previsión si no superflua, sí un tanto excesiva, destinada fundamentalmente, a nuestro juicio, a poner de manifiesto la voluntad de coordinación interna; pero sin dudar, bien puede sin más disponerse por el Presidente con apoyo directo en la Ley 30/1992, la creación de los mismos, los cuales, constituyen una posibilidad endógena a cualquier organización, sin que tenga normalmente ninguna proyección externa, siendo el régimen de los actos administrativos generados en el seno de la CNMC exactamente el mismo sin atender a ninguna especialidad por la creación de tales grupos de trabajo.

#### **6.4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL**

En cuanto al Régimen jurídico del personal previsto en el artículo 31, compuesto por seis apartados, en los que se señala que el personal que preste sus servicios a la Comisión será funcionario o laboral de acuerdo a los términos previsto en la Administración General del Estado y lo que se disponga en el Estatuto Orgánico y en el Reglamento Interno de Funcionamiento.

En cuanto a su régimen se regirán por las normas de la función pública aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado.

En lo que corresponde al personal laboral, este se regirá de acuerdo con lo previsto en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo la normativa convencional aplicable y por los preceptos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que expresamente le resulten aplicable.

Se especifica que la selección de este personal, se llevará mediante una oferta pública de la Administración General del Estado, a través de una convocatoria pública, con sujeción de los principios de mérito, capacidad e igualdad y atendiendo a las previsiones que hay sobre el acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

En cuanto a la provisión de puestos de trabajo de la Comisión, deberá ser aprobada por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en la que constarán, los puestos que deberán ser desempeñados de manera exclusiva por funcionarios públicos, en razón a que ejercerán funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

Es en el apartado 5 de este artículo, donde se indica que si bien el artículo 25 alude a la existencia de una serie de Direcciones de Instrucción, es en el Estatuto Orgánico, donde se determinarán los diferentes puestos de trabajo que atendiendo a su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia por las tareas que desempeñaran tendrán que ser desempeñadas por un personal concreto.

Si bien el artículo 26 apartado 3. alude a la existencia de un personal directivo, en este apartado se indica que el personal directivo deberá ser un funcionario de carrera perteneciente al subgrupo A1, si bien se indica que excepcionalmente este tipo de cargos podrán ser cubiertos por personal laboral bajo contratos de alta dirección, teniendo como limitación que el personal que se designe atendiendo a este tipo de contratos no podrán ejercer ninguna potestad o funciones públicas que se encuentren incluidas en el artículo 9.2 de la Ley 7/2007<sup>1479</sup>

La forma de provisión del cargo de los funcionarios, se realizará atendiendo al procedimiento establecido sobre la función pública aplicable al personal funcionario de la Administración. En el ámbito del personal laboral, este será seleccionado de acuerdo con la Oferta de Empleo Pública de la Administración, atendiendo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Se prevé que la Comisión contará con una relación de cargos con la finalidad de determinar qué tipo de cargos deberán ser desempeñados por funcionarios públicos, de conformidad con las funciones que les sean asignadas y las que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la protección de los intereses generales del Estado y de la Administración Pública. Se prevé la existencia de un reglamento en que se determinarán los puestos de trabajo atendiendo a los conocimientos técnicos que se requiera, la especialidad y la responsabilidad, otorgándoles un carácter directivo y se hace alusión a la determinación y modificación de las condiciones

---

<sup>1479</sup>Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89 de 13/04/2007).  
Artículo 9 Funcionarios de carrera.

...

2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.

retributivas, tanto del personal directivo, como del resto del personal, el cual requerirá de un informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Si se designa a un personal laboral se precisa que serán contratados bajo la modalidad de contratos de alta dirección, que se rige por la Disposición adicional octava de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial.

En cuanto al sistema de determinación y modificación de las condiciones retributivas tanto del personal directivo, como del resto del personal que integra la Comisión, se indica que es necesario que exista un informe previo y favorable por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En lo que corresponde al personal directivo, éste estará sujeto a lo previsto en el Real Decreto 451/2012, de 5 marzo, y las demás normas aplicables, específicamente las de presupuesto.

Asimismo se indica que con cierta periodicidad, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas realizará controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y la gestión de los recursos humanos, atendiendo a los criterios que se han establecido para tal efecto.

De la lectura del anterior artículo se puede señalar que se establecen dos regímenes, funcionarios y laborales, precisando que habrán de ser funcionarios quienes ejercerán funciones que impliquen el ejercicio de algún tipo de potestad pública sea esta directa o indirecta y la del personal directivo, el cual será un funcionario de carrera perteneciente al Subgrupo A1., con carácter general. Esta clasificación para muchos se constituye en una verdadera novedad, atendiendo a que el régimen antes de la reforma, particularmente el de las Comisiones independientes se caracterizaba porque su personal era de carácter laboral; lo cual como precisa NAVARRO RODRIGUEZ<sup>1480</sup> era como una “*huida al Derecho privado*”, justificación que viene dada por el desempeño de funciones públicas por parte de la entidad, lo que implica la existencia de un régimen estatutario que garantice la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la actividad administrativa<sup>1481</sup>.

Para otros, destandonsé la opinión DE LA QUADRA SALCEDO<sup>1482</sup>, y al cual nos adherimos el sistema elegido para la vinculación del personal de las antiguas Comisiones a través de

---

<sup>1480</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. “*La Nueva Comisión...* Op. cit. Pp. 33 y ss. *Esta circunstancia implicaba, como ya tuvimos ocasión de señalar en su momento, una clara problemática porque, en virtud de estas previsiones, con carácter general, el personal que integraba las autoridades reguladoras no tenía el carácter de funcionario público, sino que la relación que unía a los mismo con la respectiva autoridad administrativa independiente se regía por el Derecho laboral, y por tanto, las especialidades de su régimen debían integrarse por el convenio colectivo de los trabajadores laborales de los organismos administrativos, que estaban a su vez sujetos al régimen general de incompatibilidades.*

<sup>1481</sup> *Ibíd.* Pp. 33 y 34.

<sup>1482</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “Nuevo Marco Institucional”. Jornada sobre la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organizadas por IE law School Executive Education. Viernes 22 de noviembre de 2013.

vinculación de personal laboral, era sin dudar el mecanismo más idóneo para garantizar la independencia, la idoneidad y conocimientos del personal encargado de llevar a cabo los procesos regulatorios y la adopción de medidas para el sector. La posibilidad de contar con un personal funcionario, hace factible, que atendiendo a la relación jerárquica se acaten órdenes sobre determinados asuntos que pueden interferir en las decisiones que se tomen por parte de la CNMC.

Sobre el particular sería pertinente que se efectuara una revisión de los diversos régimen laborales con los que cuentan los Organismos Reguladores, con el fin de determinar cuál sería el mejor modelo a seguir, atendiendo a que cabría la posibilidad de contar con un solo régimen de personal (como ha sido establecido en sus Informes, por parte de la CMT y CNE<sup>1483</sup>) tal vez la finalidad de los criterios establecidos en este artículo es de efectuar una diferenciación en cuanto a las funciones atribuidas a cada agente en particular con las correspondientes a la función de inspección y sanción, pero sin atender a otras valoraciones sobre el impacto económico y funcional de este régimen.

En todo caso el ejercicio de potestades públicas sí queda reservado en cuanto impliquen autoridad, a la función pública, como con carácter general viene establecido en la legislación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Otro aspecto a analizar es que bajo el modelo propuesto, existe una cierta definición en cuanto a la cualificación de los puestos en la entidad; la sugerencia, como se indica en el informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>1484</sup>, consiste en que pueden existir modelos en los que no existe una reserva de puestos del personal, lo que permite que la entidad pueda vincular a profesionales expertos en las diferentes materias de los sectores a regular y atender a la vez a los que tuvieren la condición de funcionario público, los cuales pueden ser designados de acuerdo a las necesidades de la entidad y los objetivos que quieran ser alcanzados en un momento determinado de acuerdo a los criterios establecidos en las Políticas Sectoriales.<sup>1485</sup>

---

<sup>1483</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115)... Op. cit. Pp. 22 y ss. Donde se vuelve a precisar que el sistema de las Organismos Reguladores tal como los definió la Ley de Economía Sostenible, no consagra un sistema mixto de personal, sino que cada organización un modelo específico para el desarrollo de sus funciones, en el caso de la CNC un personal de tipo funcionario y las demás comisiones como la CMT y CNE un personal laboral. De allí que surja la necesidad de que el personal que haga parte de dicha entidad sea especializado abandonando el perfil de funcionario, salvo que efectivamente así se encuentre, y que sea similar al personal de las empresas reguladas.

<sup>1484</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación. Óp. cit. 117.

<sup>1485</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados. Óp. cit. 21.

Veamos a continuación lo dispuesto en la Disposición adicional sexta. Integración del personal de los organismos públicos que se extinguen en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1486</sup>.

Debemos partir de la premisa que una vez constituida la Comisión, las Comisiones preexistentes se extinguen, como lo precisa la Disposición Adicional Segunda; esto implica que debe existir una integración del personal de las Comisiones que se fusionan en la nueva Comisión. Para lo cual se establece un doble sistema atendiendo a la existencia tanto personal funcionario y laboral.

---

<sup>1486</sup> Disposición adicional sexta. Integración del personal de los organismos públicos que se extinguen en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

1. El personal funcionario que presta servicios en los organismos que se extinguirán de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional segunda, se integrará en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o bien en la Administración General del Estado.

La integración se llevará a cabo, en ambos supuestos, de acuerdo con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública aplicable al personal funcionario de la Administración General del Estado.

El personal funcionario que se integre en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lo hará en la situación de servicio activo en su correspondiente Cuerpo o Escala, con los mismos derechos y obligaciones que hasta ese momento tuviera reconocidos.

Igual situación administrativa y garantías tendrán los funcionarios que pasen a prestar servicios en la Administración General del Estado como consecuencia de las competencias que ésta asuma de los extintos organismos.

2. El personal laboral de los organismos que ahora se extinguen, se integrará en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los términos previstos en el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con respeto a los derechos y obligaciones laborales que viniera ostentando hasta ese momento.

Para la integración de este personal laboral, se atenderá necesariamente a las funciones efectivas que vinieran desempeñando en el organismo extinguido.

Excepcionalmente, el personal laboral podrá integrarse en los departamentos ministeriales, en los mismos términos previstos en el párrafo anterior, cuando como consecuencia de las funciones que por esta Ley se atribuyen a los departamentos ministeriales se haga necesaria su integración, sin que en ningún caso puedan producirse incrementos retributivos con relación a la situación existente en los organismos de procedencia. Cuando queden vacantes los puestos de trabajo que se integren en la estructura orgánica de dichos departamentos por fallecimiento, jubilación o cualquier otra causa legal, y siempre que esta no implique derecho al reingreso en el servicio activo, se amortizarán, dándose de alta como plazas de personal funcionario para garantizar la continuidad en la prestación de las citadas funciones, siempre y cuando ello resulte necesario de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. La reasignación de efectivos, amortización y, en su caso, creación de puestos de trabajo tendrá lugar en los términos y con el alcance que se determine por el órgano competente.

<b>PERSONAL FUNCIONARIO</b>	<b>PERSONAL LABORAL</b>
Dicho personal podrá hacer parte o bien de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o en la Administración del Estado. La integración del personal se realizará conforme a los procedimientos de movilidad previstos en la legislación de función pública aplicable al personal funcionario de la Administración General del Estado.	Este se integrará en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los términos previstos en el Artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con respeto a los derechos y obligaciones laborales que viniera ostentando hasta ese momento.
Si el personal funcionario es trasladado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lo hará en la misma situación de servicio activo en su correspondiente Cuerpo o Escala, con los mismos derechos y obligaciones que hasta la fecha tuviera reconocidos.	Se indica que la integración de este personal deberá atender a las funciones que efectivamente eran desempeñadas por parte de este tipo de personal en las comisiones que se extinguen.
Si la transferencia se produjera a la Administración General del Estado, contarán con las mismas garantías con las que contaban en los organismos extintos.	Como carácter excepcional, el personal laboral podrá integrarse a los departamentos ministeriales, atendiendo siempre que las competencias desempeñadas hayan sido transferidas a los departamentos, siendo necesario su vinculación, la cual no implica un incremento en sus retribuciones.
	En los supuestos de vacancia por fallecimiento, jubilación u otro supuesto legal y siempre que esta no implique derecho al reingreso en el servicio activo, se amortizarán, dándose de alta como alta como plazas de personal funcionario para garantizar la continuidad en la prestación de las citadas funciones.
	La reasignación de efectivos, amortización y, en su caso, creación de puestos de trabajo tendrá lugar y con alcance que se determine por el órgano competente.

**Cuadro 60 - Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Regimen de Personal.**

También debe tenerse en cuenta lo previsto en la Disposición transitoria sexta relativa a los Puestos de trabajo de personal funcionario que venían siendo desempeñados por personal laboral<sup>1487</sup> en la que se indica que todo el personal que integraba los Organismos Reguladores que se extinguen deberán integrarse o bien la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o a la Administración General del Estado.<sup>1488</sup>

<sup>1487</sup> Disposición transitoria sexta. Puestos de trabajo de personal funcionario que venían siendo desempeñados por personal laboral.

Con carácter excepcional, el personal laboral fijo de los organismos públicos extintos que viniese ocupando puestos con funciones que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, deban ser desempeñadas por personal funcionario, podrá seguir ocupando dichos puestos.

Asimismo, los puestos que se puedan crear, así como los que queden vacantes, deberán ajustar su naturaleza a las previsiones del régimen jurídico de personal del artículo 31 de esta Ley.

<sup>1488</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO. Óp. cit. Pp.13-14.



También se precisa que los puestos que se puedan crear, y los que queden vacantes, deberán ajustarse a los criterios previstos en cuanto al régimen laboral previsto en el artículo 31 de la Ley.

#### b. Estatuto Orgánico

Analicemos lo previsto en el Estatuto Orgánico. El Capítulo III denominado Personal al servicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, viene a desarrollar el régimen aplicable en materia del personal que hará parte de la Comisión.

El artículo 32 de este instrumento normativo, precisa que tipo de personal estará al servicio de la Comisión, clasificándolo en tres grandes grupos, su régimen legal se desarrolla en los artículos 33, 34 y 35; el personal laboral de la Comisión se encuentra constituido por:

- a) Personal funcionario de carrera
- b) El personal laboral
- c) El personal Eventual

Le corresponde al Presidente de la CNMC elaborar y presentar anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través del Ministerio de Economía, la propuesta de Oferta Pública correspondiente a la Comisión. La propuesta que se remita deberá tener en cuenta la necesidad de recursos humanos de la actividad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, orientado a que la entidad pueda ejercer de manera eficiente sus actividades.

Uno de los aspectos en que se hace hincapié por parte de la CNE<sup>1489</sup> es que el Estatuto debe respetar los criterios previstos por parte de la Ley en material del personal que integrará a la Comisión, indicando que en el artículo 31 en su apartado primero se precisa que el personal será funcionario o laboral y no otra clasificación como se prevé en el Estatuto, salvo las excepciones previstas respecto al Gabinete del Presidente y del Vicepresidente, lo cual puede ser entendido como una contradicción respecto al Estatuto Básico del Empleo. A pesar de ello el Estatuto no incorpora dicha modificación.

---

<sup>1489</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp. 41.

*“...En la medida que la Ley 3/2013, en cuanto norma de creación de la CNMC, únicamente contempla las categorías de personal funcionario de carrera o personal laboral de entre las establecidas por el artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, debe significarse que la denominada “Sección de Asistencia” que se prevé en el proyecto de Estatuto desarrollada por personal eventual (dejando a salvo el Gabinete del Presidente previsto en el art. 17 del Estatuto), podría entrar en contradicción con el espíritu y finalidad de dicha norma”.*

a) Personal Funcionario (art. 33)

El Personal funcionario se registrará por las normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del estado y a lo dispuesto en la Ley 3/2013 en su artículo 31.2<sup>1490</sup>

Será el Presidente de la Comisión quien convocará y resolverá los procedimientos de provisión de puestos de trabajo. Las convocatorias como la resolución de las mismas deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

b) Personal laboral (art. 34)

Este artículo replica lo previsto en el artículo 31.3<sup>1491</sup> de la Ley, así como el régimen legal al cual estarán sujetos el personal laboral, al cual le serán aplica lo previsto en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, la normativa convencional aplicable, y por los preceptos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que expresamente le resulten de aplicación.

Se le asigna al Presidente<sup>1492</sup>, la celebración de los contratos del personal laboral que sea seleccionado, conforme a la Oferta de Empleo Público de la Administración General del Estado, que se hará mediante convocatoria pública, la cual atenderá a los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el acceso al empleo público de personas con discapacidad.

c) Personal eventual (art. 35)

Este tipo de personal podrá ser nombrado tanto por el Presidente como por el Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y alcanzará como máximo dos asesores, cuyas funciones será las de asesoramiento y confianza distintas a las que son asignadas a funcionarios de carrera, con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

En cuanto a su nombramiento y cese, esté será libre, siempre y cuando se acredite la experiencia y capacitación profesional. El límite máximo para el ejercicio de sus funciones viene dado una vez se produzca el cese o bien del Presidente o Vicepresidente de la Comisión.

---

<sup>1490</sup> Artículo 31. Régimen jurídico del personal.

2. El personal funcionario se registrará por las normas reguladoras de la función pública aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado

<sup>1491</sup> 31. Régimen jurídico del personal

3. El personal laboral se registrará por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, la normativa convencional aplicable, y por los preceptos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que expresamente le resulten de aplicación.

La selección del personal laboral se llevará a cabo, en ejecución de la oferta de empleo público de la Administración General del Estado, mediante convocatoria pública, con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

<sup>1492</sup> Artículo 15 del Estatuto Orgánico, precisa en el literal j) que es función del Presidente *Convocar y resolver los procesos de provisión de puestos de trabajo que integren al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia así como contratar al personal al servicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* en el ámbito de sus atribuciones.

d) Personal directivo

Como se había precisado el artículo 31 de la Ley, indica que ostentan la condición de personal directivo las Direcciones de Instrucción previstos en el artículo 25 de la misma Ley.

Aparte de esta designación y clasificación de los Directores de Instrucción como personal Directivo, en el mismo Estatuto de Funcionamiento se indica que existe otro tipo personal que tendrá esta condición, y efectúa una relación de los mismos. Por lo tanto, tendrán la condición de personal directivo:

- a) El titular del Departamento de Promoción de la Competencia y los Subdirectores que dependan de él.
- b) El jefe de la Asesoría Jurídica
- c) El Vicesecretario del Consejo.
- d) El Secretario General y los y los Subdirectores que dependan de él.
- e) El titular del Departamento de Control Interno.
- f) Los Subdirectores de las Direcciones de Instrucción.

Se precisa que atendiendo a lo dispuesto en los artículos 26.3<sup>1493</sup> y 31.5<sup>1494</sup>, que en determinados supuestos los cargos directivos pueden ser cubiertos por personal directivo laboral, cuya contratación se hará mediante contrato de alta dirección.

---

<sup>1493</sup> Artículo 26. Estatuto Orgánico y Reglamento de funcionamiento interno.

...

3. Corresponde al personal directivo la dirección, la organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones emanadas del Consejo y del Presidente de la Comisión, sin perjuicio de la debida separación entre las funciones de instrucción y resolución en procedimientos sancionadores.

El personal directivo de otras áreas de responsabilidad diferentes a las Direcciones de instrucción, será nombrado y cesado por el pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a propuesta de su Presidente. La selección se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley.

<sup>1494</sup> Artículo 31. Régimen jurídico del personal.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de esta Ley, se determinarán en el Estatuto Orgánico los puestos de trabajo que por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia de sus tareas, tienen naturaleza directiva. El personal directivo será funcionario de carrera del subgrupo A1 y, con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuido el ejercicio de potestades o funciones públicas incluidas en el ámbito del artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. La cobertura de estos puestos se realizará en los términos previstos en el artículo 26.3 de esta Ley.

A los contratos de alta dirección les será de aplicación lo dispuesto en la Disposición adicional octava de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial

Cuando se realice la relación de los puestos de trabajo se especificará cuáles de estos puestos, atendiendo a las previsiones de la Ley deben ser asumidos por personal funcionario de carrera perteneciente al Subgrupo A1 y cuales podrán ser ocupados por el personal laboral.

Una de las observaciones realizadas por parte de las Comisiones en su momento respecto al Anteproyecto de Ley es que este tipo de cargos no pueden ser circunscritos al personal funcionario y darle un carácter excepcional a la posibilidad que sean desempeñados por parte del personal laboral sería mermar las posibilidades de actuación de la CNMC.

Sobre este aspecto la CMT<sup>1495</sup>, reitera su opinión en que no era conveniente colocar dicho requisito del personal funcionario de carrera del subgrupo A1, reproduciendo el modelo existente respecto a la CNC; hubiese sido conveniente que el Gobierno en su momento comparara el modelo existente respecto al personal directivo y establecer la mejor fórmula para la CNMC, atendiendo que tanto la CMT, CNE<sup>1496</sup> y CNSE contaban como personal directivo a personal contratado con relación laboral, que han desempeñado todas y cada una funciones.

Se considera que el Estatuto fue muy extremo en considerar como personal directivo a los Subdirectores de la Direcciones, en el entendido *en que dependen de otros órganos de Dirección y éstos a su vez del Presidente y/o del Consejo, por lo que carecerán de la autonomía necesaria para ejercer sus funciones directamente frente a los máximos responsables del organismo*<sup>1497</sup>. Además, como se había indicado en la parte correspondiente al Estatuto Orgánico previsto en el artículo 26, hay que criticar la Ley de creación de este órgano, no tuvo en cuenta un aspecto fundamental previsto en la Ley de Economía Sostenible, que realizó una distinción entre Personal Directivo. Cabe destacar lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto 451/2012<sup>1498</sup>, que precisa que el personal directivo está formado por aquellos que dependen del máximo responsable y ejercitan funciones separadas con autonomía y responsabilidad, de allí que hubiera sido conveniente que no hubieran incluido a los Subdirectores, atendiendo a que estos dependen directamente de los Directores, no cuentan con

---

<sup>1495</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115)... Op. cit. Pp. 20 y ss.

<sup>1496</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp.2 “*Tal y como ya señaló la Comisión Nacional de Energía en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de fecha 15 de marzo de 2012, las funciones atribuidas a la CNE (y anteriormente a la CSEN y CNSE), han venido siendo desempeñadas desde el año 1995 por personal laboral al servicio de la Administración Pública, atendiendo a las previsiones hoy contenidas tanto en la propia Disposición Adicional Undécima, Tercera, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, como en el Estatuto Básico del Empleado Público y más recientemente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. La selección del personal se ha venido realizando conforme establece la normativa citada en base a convocatoria pública y a través de procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.*”

<sup>1497</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115)... Op. cit. Pp. 21.

<sup>1498</sup> REAL DECRETO 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. (BOE Núm. 56 del 06/03/2012)

autonomía en las decisiones que adopten<sup>1499</sup>, pero a pesar de estas consideraciones se incluyó a los Subdirectores como Personal Directivo de la entidad<sup>1500</sup>.

El Régimen del Personal, viene a ser complementado por el Reglamento de Funcionamiento Interno en su Capítulo VII, donde se viene a determinar que existen dos grupos de personal que son el personal directivo y no directivo, especificándose las funciones asignadas a cada grupo y el régimen de responsabilidad del personal de la CNMC.

Tal como se prevé en el **artículo 32** denominado **Personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, donde se indica que el personal que preste sus servicios pertenecerá a uno de los dos grupos que se precisan en el Reglamento, tal como se había se encontraba señalado en la Ley de Economía Sostenible<sup>1501</sup>.

---

<sup>1499</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115)... Op. cit. Pp. 21. “...En virtud de las anteriores normas, la propia Abogacía del Estado se pronunció en este sentido en su Informe de 13 de abril de 2012, excluyendo de la naturaleza de personal directivo por estos motivos a los Directores y Subdirectores de este Organismo. Por último, se llama la atención sobre el hecho de que atribuir la naturaleza de directivo a todas las categorías de personal citadas supondría superar el número máximo de directivos (10) permitido en el apartado Cuarto de la Orden de 12 de abril de 2012, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se aprueba la clasificación de las entidades públicas empresariales y otras entidades de derecho público.”

<sup>1500</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013. Disponible en: [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne70\\_13.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne70_13.pdf) [En línea] (Consulado 08/08/2013). El informe sigue del informe presentado sobre el borrador del Estatuto por parte de la CMT, reafirmando que los subdirectores no forman parte del Consejo y no tienen un rango de órgano de gobierno o dirección y la estructura propuesta constituye un desconocimiento de lo previsto en el Real Decreto 451/2012 y la limitación de los miembros del consejo y demás órganos de Gobierno. Sobre el particular la CNE precisa: “Asimismo debe señalarse que la regulación propuesta podría no ser acorde con lo establecido en el RD 451/2012 que define el concepto de directivo.

Ha de señalarse en relación específicamente con los subdirectores que, de conformidad con los requisitos establecidos por los anteriores preceptos legal y reglamentario, son varias las notas características de los citados puestos reseñados en el Estatuto Orgánico, en concreto, en el artículo 27 en lo que aquí interesa, que denotan la ausencia de la naturaleza directiva ahora pretendida en este artículo 37 del proyecto. Así: (i) los subdirectores no forman parte del Consejo, (ii) dentro de la estructura organizativa prevista, los subdirectores no tienen la consideración de órgano, ni de gobierno ni de dirección, (iii) los subdirectores no actúan bajo dependencia del Consejo o máximo responsable del organismo, (iv) la normativa no fija funciones separadas con autonomía y responsabilidad para los subdirectores y (v) los subdirectores tienen clara dependencia orgánica y funcional del Director de instrucción correspondiente.

Además, en la medida que el artículo 31.5 de la Ley 3/2013 determina que el personal directivo laboral se cubrirá mediante contratos de alta dirección a los que les será de aplicación lo dispuesto en la Disposición Adicional octava de la Ley 3/2012 y el Real Decreto 451/2012, debe advertirse que todos los puestos de trabajo que tengan la condición directiva computarán a la hora de aplicar la previsión contenida en el artículo 6 del citado Real Decreto 451/2012 que establece una limitación del número máximo de miembros del Consejo y de los órganos de gobierno o administración, así como el número mínimo y máximo de directivos, la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo de complemento de puesto y variable.”

<sup>1501</sup> Ley de Economía Sostenible. Sección 4ª Del personal de los Organismos Reguladores. Artículo 17 Personal directivo. Artículo 18. Personal no directivo

- a) Personal directivo, comprendido al personal con dicha consideración, en los términos previstos por el artículo 36 del Estatuto Orgánico.
- b) Resto de personal, que comprenderá las categorías incluidas en el Capítulo III del Estatuto Orgánico

	<b>PERSONAL DIRECTIVO (ART. 33)</b>	<b>PERSONAL NO DIRECTIVO (ART. 34)</b>
<b>SISTEMAS DE SELECCION</b>	<p>a) Regla General La selección del personal directivo se ajustará a lo dispuesto en la Ley 3/2013.</p> <p>b) Regla Especifica La selección del personal, distinto del Secretario del Consejo y de los Directores de Instrucción, se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado público, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 de esta Ley. Serán nombrados y cesados por el Pleno del Consejo a propuesta del Presidente</p>	<p>1. La provisión de puestos de trabajo del personal funcionario se llevará a cabo de conformidad con los procedimientos de provisión establecidos en la normativa sobre función pública aplicable al funcionario de la Administración General del Estado, teniendo que ser publicadas las correspondientes convocatorias en el “Boletín Oficial del Estado”.</p> <p>2. Las convocatorias para la selección del personal laboral serán publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”.</p> <p>3. Los sistemas selectivos del personal de la Comisión serán los de oposición o concurso-oposición.</p>
<b>FUNCIONES</b>	<p>a) la dirección, organización, impulso y cumplimiento de las funciones encomendadas al área a cuyo frente se encuentre, de acuerdo con las instrucciones que, en virtud del reparto de competencias establecido en la Ley 3/2013, de 4 de junio, y del Estatuto Orgánico, emanen del Consejo y del Presidente de la Comisión.</p> <p>b) Organizar y dirigir el trabajo de las oficinas y unidades que estén encuadradas en su área de responsabilidad.</p> <p>c) Trasladar los proyectos de acuerdos relativos a los asuntos de su área de responsabilidad cuya deliberación y resolución corresponda al Consejo.</p> <p>d) Atender las obligaciones de su cargo con la mayor eficacia, procurando la máxima coordinación de los servicios que tenga adscritos, entre ellos y con el resto de los servicios de la Comisión.</p> <p>e) Colaborar con los miembros del Consejo para el mejor desempeño de sus funciones.</p>	<p>Las funciones previstas para cada unidad o subdirección.</p>

	f) Cualesquiera otros que se deriven del ejercicio de su cargo y de las funciones que tengan encomendadas.	
--	--	--

**Cuadro 61 - Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Tipos de Personal de CNMC.**

- Relación de puestos de trabajo. (art. 37) del Estatuto Orgánico.

La entidad contará con una provisión de puestos de trabajo. La propuesta será realizada por parte del Presidente<sup>1502</sup> a los diversos órganos de la Comisión, en la que se deberá atenderse a los órganos competentes.

---

<sup>1502</sup> Artículo 15 del Estatuto Orgánico, precisa en el literal k) *Aprobar el nombramiento y el cese del personal no directivo, las propuestas de relaciones de puestos de trabajo, la distribución del complemento de productividad y otros incentivos al rendimiento, dentro de la cantidad autorizada a estos efectos, ejercer la incentivos al rendimiento, dentro de la cantidad autorizada a estos efectos, ejercer la potestad disciplinaria, acordar la separación del servicio, y la supervisión de funciones y ejercer las competencias que, en materia de personal, atribuye la normativa de la función pública a los Subsecretarios de los departamentos ministeriales, sin perjuicio de las competencias atribuidas a los Directores de Instrucción en el artículo 19 de este Estatuto.*

RELACION DE PUESTOS DE TRABAJO <sup>1503</sup>	
PUESTOS QUE DEBEN SER DESEMPEÑADOS DE MANERA EXCLUSIVA POR PERSONAL FUNCIONARIO	OTROS PUESTOS DE TRABAJO
<p>Puestos que deberán ser desempeñados por parte de personal funcionario, en razón de que las funciones implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.</p> <p>Se deberán indicar la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en el supuesto de estar adscritos.</p> <p>Los sistemas de provisión de dichos cargos y las retribuciones complementarias, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de creación de la Comisión.</p>	<p>Los demás puestos de trabajo, serán desempeñados principalmente por el personal funcionario. No obstante, dentro de esos se indicarán aquellos que, de acuerdo con la legislación de función pública aplicable a la Administración General del Estado, podrán ser desempeñadas por el personal laboral<sup>1504</sup>.</p>

**Cuadro 62 - Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Relación de Personal.**

<sup>1503</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013...Op. cit. Pp. 6 y ss. Como producto de los informes presentados por las Comisiones y específicamente el presentado por la CNE, se ajustó la redacción de este artículo, el sentido que el Estatuto Orgánico debe respetar las normas imperativas establecidas en este caso en materia de provisión de cargos, particularmente la Ley 30/1984, la Ley 7/2007 y no desconocer que la facultad auto-organizativa de la Comisión no puede ser desconocida por el Gobierno en la elaboración del Estatuto, sino que como lo habíamos indicado debe ajustarse al régimen jurídico aplicable.

<sup>1504</sup> COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115)... Op. cit. Pp. 22 y ss. Donde se precisaba el inconveniente de la redacción propuesta en el sentido, donde el personal funcionario ejercería la mayoría de las funciones excluyendo el desempeño de otras funciones por parte del personal laboral.

“ ...

*Sin embargo, el Proyecto de Estatuto Orgánico, en particular en su artículo 38, invierte este esquema. Así, se establece entre ambos grupos de personal una relación jerárquica con un juicio de valor apriorístico sobre sus funciones, en la medida en que para los puestos del personal laboral deben indicarse los factores que “determinen la imposibilidad de su desempeño por personal funcionario”. Esta redacción excluye la posibilidad de desempeño por el personal laboral de prácticamente todas las funciones de la CNMC puesto que tanto los funcionarios como los laborales pueden asumir la totalidad de las competencias asignadas, como han venido haciendo hasta ahora. Únicamente razones normativas han excluido al personal laboral de algunas de ellas (las que supongan el desempeño de potestades públicas y las que el Estatuto Orgánico califica como funciones directivas). Por lo tanto, esta previsión supone una gran restricción que, como se indicaba anteriormente no se contempla en la LCNMC, además de tener un carácter discriminatorio hacia el personal laboral procedente de la CNE y la CMT.”*



- Provisión de puestos de trabajo de personal funcionario y selección del personal laboral. (art. 38).

PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO	
PERSONAL FUNCIONARIO	PERSONAL LABORAL
Se llevará a cabo conforme a los procedimientos previstos en la normativa sobre función pública aplicable al funcionamiento de Administración General del Estado. Las convocatorias que se realicen deberán ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado.	Las convocatorias para la selección del personal laboral serán publicada en el Boletín Oficial del Estado y serán seleccionados a través de oposición o concurso oposición.

**Cuadro 63 - Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Revisión de Puestos de Trabajo.**

Los artículos finales 39 y 40 de este capítulo están dedicados a la incompatibilidad del personal de la Comisión y el deber de secreto sobre los asuntos e información de la cual hubiesen tenido conocimiento.

En lo que corresponde a las incompatibilidades el personal de la Comisión de los miembros de la Comisión le será aplicable el régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 53 de 1984<sup>1505</sup>, como se precisa en el artículo 39 del Estatuto

El deber de secreto establecido en el artículo 40 del Estatuto, implica una obligación del personal de servicio de la Comisión de guardar secreto durante y después del cese de sus funciones, respecto de la información de carácter confidencial que hubieran conocido. Este es un tema capital, y debe establecerse garantías de su aplicación, evitando filtraciones mediante diversas técnicas relativamente sencillas de aplicar en cualquier organización, además de formar debidamente al personal. Asimismo, hay que prever la existencia de versiones no confidenciales, inclusive para su remisión como tales en los expedientes remitidos a los Tribunales de Justicia, ya que si no por la sencilla vía de personarse luego ante la Justicia se obtendría entero el expediente con inclusión de la versión confidencial.

Se prevé que la Comisión podrá contar con un Código de Conducta, el cual será propuesto por parte del Presidente y deberá ser aprobado por parte del Consejo de la Comisión, dicho código será publicado en el Boletín Oficial del Estado.

<sup>1505</sup>Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. BOE Núm.4 de 4/01/ 1985).

Se cuestiona por parte de la CNE<sup>1506</sup> la inclusión de este artículo, ya que el régimen de transparencia y de reserva de información se encuentra atribuido al Reglamento de funcionamiento de la entidad, tal como se indica en el artículo 26.4 de la Ley de creación de la CNMC y por consiguiente no correspondía al Estatuto Orgánico hacer referencia a este aspecto y el desconocimiento sobre el deber de sigilo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, que hace alusión en su artículo 53.12<sup>1507</sup> a este particular.

Se entiende que la Ley de creación de la CNMC y el Estatuto Básico del Empleado Público, limita el alcance del secreto a cierto tipo de materias<sup>1508</sup>, que por sus particularidades exige que se guarde secreto sobre las mismas y la redacción propuesta y finalmente aprobada hace una extensión del concepto refiriéndolas a todas las materias que conozcan y da una excesiva protección sobre todas las informaciones.

Tal como lo indica la CNE, haciendo la salvedad que su propuesta sobre este aspecto no fue incorporada, aludía a que del Estatuto deriva en una obligación para el personal que no se encuentra prevista en la Ley de Creación de la Comisión y sería a través del Código de Conducta donde se determinen las reglas correspondientes sobre el manejo de la información por parte de los empleados de dicha Comisión.

La redacción aprobada se entiende que es excesiva y contraria al principio de proporcionalidad y al principio de transparencia que se propugna por parte del Gobierno respecto de las actuaciones de las Comisiones. El condicionamiento a un deber de confidencialidad indefinido debe morigerarse, ya que el transcurso del tiempo y las pautas fijadas por la Comisión, deben establecer limitaciones o mecanismos o procedimientos respecto al manejo de la información y la desclasificación de la misma. Pero lo que sí resulta preciso distinguir es entre el deber personal de mantener la confidencialidad y la transparencia objetiva que siempre será aplicable, aspectos perfectamente compatibles.

Si bien el Estatuto Orgánico se extralimitó en lo que respecta al Deber de Secreto, sobre el Buen Gobierno del Organismo que incluye el Código de Conductas, es el Reglamento Interno de Funcionamiento el que lo regula en sus Capítulos IX El Deber de Secreto y el Capítulo X

---

<sup>1506</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp. 44 y ss.

<sup>1507</sup> Artículo 53 Principios éticos. 12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

<sup>1508</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013... Op. cit. Pp. 44. *“En primer lugar, como ponen de manifiesto los preceptos de la Ley 3/2013 y del Estatuto Básico del Empleado Público, el término secreto (y el deber de conservarlo) queda limitado a las materias clasificadas (es decir, aquellas que todavía están reguladas en la vieja Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales o aquellas que esté legalmente prohibida su difusión. Para las informaciones procedentes de las empresas y amparadas por el secreto comercial se suele elegir el término deber de sigilo, como hace la propia Ley 3/2013”.*

Sobre Buen Gobierno del Organismos, donde se van a desarrollar los aspectos previstos de manera general en el Estatuto.

En lo que corresponde al Deber de Secreto el artículo 38, del Capítulo IX, viene a determinar el alcance del Deber de Secreto, la duración del mismo y sobre qué tipo de información.

Como principal aspecto a destacar, el deber de secreto se extiende tanto al Presidente, Vicepresidente, Consejeros, personal directivo y al resto del personal que integra la CNMC. Tal como se precisa en el Estatuto Orgánico, todo el personal de la CNMC guardara secreto de toda la información a la cual haya tenido conocimiento y que tuviera el carácter confidencial, incluso después de cesar en sus funciones, de allí que todo el personal al servicio de la CNMC esté obligado al correspondiente compromiso de confidencialidad. El desconocimiento del deber de secreto se considera una infracción y será sancionado conforme a la legislación vigente.

Se precisa que todos los datos, documentos e informaciones que obren en poder de la CNMC en virtud de sus funciones previstas en la Ley, tendrán el carácter de reservado. La transparencia se predica objetivamente, mientras que el sigilo que impone la reserva y el secreto se refieren a los aspectos subjetivos.

El Capítulo X dedicado Sobre Buen Gobierno del Organismo, viene a determinar los Principios éticos y de actuación, que tendrán que ser adecuados por parte de los miembros tanto del Consejo y del personal de la Comisión, lo correspondiente a los conflictos de intereses y el código de conducta.

Principios éticos y de actuación (Arts. 39 y 40).

<b>SUJETOS QUE DEBEN ADECUAR SU ACTIVIDAD Y QUE EJERCERAN SUS FUNCIONES DE ACUERDO A LOS PRINCIPIOS</b>	<b>PRINCIPIOS ÉTICOS (ART. 39)</b>	<b>PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN (ART. 40)</b>
<p>Miembros del Consejo y Personal de la Comisión</p>	<p>a) Transparencia en la gestión de los asuntos públicos. b) Eficacia, austeridad, economía y eficiencia en la gestión de los recursos públicos y contención en la ejecución del gasto público. c) Profesionalidad y ejemplaridad en el ejercicio de sus funciones. d) Buena fe, dedicación al servicio público, diligencia, conducta digna y buen trato al ciudadano. e) Imparcialidad, igualdad de trato y no discriminación. f) Responsabilidad en las decisiones y actuaciones propias y las de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.</p>	<p>a) Independencia de cualquier interés comercial, empresarial o de cualquier entidad pública o privada y abstención de intervención en asuntos en los que concurren causas que afecten a su objetividad. b) Plena dedicación y respeto a la normativa de incompatibilidades y conflicto de intereses. c) Reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos en el ejercicio de sus competencias y deber de secreto conforme a lo establecido en el capítulo anterior. d) Puesta en conocimiento de los órganos competentes de cualquier actuación irregular de la que tengan conocimiento. e) Evitación de toda acción que ponga en riesgo el interés público, el patrimonio de las Administraciones Públicas o la imagen que debe tener la sociedad respecto a sus responsables públicos. f) Ejercicio de sus poderes para la finalidad con la que les fueron otorgados. g) Gestión, protección y conservación adecuada de los recursos públicos que no podrán ser utilizados en actividades que no sean las permitidas por la normativa aplicable. h) No utilización de su posición para obtener ventajas personales o materiales. i) No aceptación de regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones.</p>

**Cuadro 64 - Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y Estatuto Orgánico de la CNMC – Creación Propia: Principios Éticos y Principios de Actuación**

El Conflicto de Intereses, viene a ser regulado en el artículo 41 del Reglamento Interno de funcionamiento, y es un artículo dirigido exclusivamente a los miembros del Consejo, lo cual resulta sorprendente ya que si bien ahí es donde más puede acentuarse, desde luego en el ámbito de las Direcciones no parece dudoso que también puede concurrir tal tipo de conflictos.

En su primer apartado, se indica que los miembros del Consejo se abstendrán a intervenir en aquellos asuntos en los que puedan concurrir causas que afectar a su objetividad, independencia o imparcialidad por la existencia de posibles conflictos de intereses.

Debe entenderse por conflicto de interés, como aquella situación en el que un miembro del Consejo interviene en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez interés de su puesto público con intereses propios, de familiares directos o indirectos o de personas con las que tenga una relación análoga a la conyugal, o intereses compartidos con terceras personas. Es un típico conflicto moral, elevado a la categoría jurídica y que desde luego se da continuamente en la vida cotidiana.

En cuanto a las incompatibilidades, los miembros del Consejo estarán sujetos al régimen de incompatibilidades recogido en el artículo 22 de la Ley de creación de la CNMC, a la cual hicimos referencia anteriormente, y en lo previsto en la Ley 5/2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y en sus disposiciones de desarrollo.

El Código de Conducta al que se hacía referencia en el Estatuto Orgánico, viene a ser desarrollado de manera muy general en el artículo 4 del Reglamento Interno de Funcionamiento, asignando al Pleno del Comisión la aprobación de este Código dentro de los seis meses siguientes desde su puesta en marcha. Existe ya amplia experiencia pública y privada sobre tales Códigos, como manifestación de autoregulación, por lo que no deberían existir dificultades en su creación.

Naturalmente, un Código de Conducta, como fórmula endógena, supone que se es a la par, legislador, juez y aplicador- y -aplicado del mismo, puesto que supone una concentración de funciones en las que quien va a ser destinatario del mismo, es su redactor y el encargado de exigirlo y aplicarlo. De ahí que cuando se trate de Códigos “exigidos”, que constituyen, como en el caso, una obligación impuesta por un tercero, tengan quizás un plus, algo más, que la pura vigilancia interna de su cumplimiento por parte de sus propios redactores. Pero si no se acompaña de transparencia y permanece, en su aplicación, oculto, servirá de poco más que de justificación de petición de explicaciones, más que de responsabilidades, y todo ello sin un genuino instrumento de exigencia de responsabilidades.

Bien está que haya Códigos de Conducta, pero tendría que existir, transparencia en su aplicación si efectivamente se quiere disponer de todas sus potencialidades.

## 6.5. ASISTENCIA JURÍDICA

El artículo 35 denominado Asistencia jurídica, está conformado por dos apartados donde se señala que la asistencia jurídica, presentación y defensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será ejercida por parte de los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado cuyo centro directivo es la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico, mediante la formalización del oportuno convenio en los términos previstos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo

Y un segundo apartado en que se indica que todas y cada una de las controversias que se originen entre la Comisión y la Administración General del Estado serán resuelta a través de Arbitraje, de acuerdo con la Ley vigente en materia de Arbitraje, que debe leerse de manera conjunta con la

Disposición Adicional Única de la Ley 11/ 2011, donde se establece:

- *Se resolverán a través del procedimiento de arbitraje institucional las “cuestiones jurídicas relevantes” que se planteen entre la Administración General del Estado y la CNMC.*
- *Además de las expresamente previstas, cualquiera de las partes podrá decidir que una cuestión es “jurídicamente relevante”, por considerarla de esencial relevancia para el interés público.*
- *La controversia será resuelta por la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas, que está compuesta por órganos de la Administración General del Estado.*
- *La Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas dictará resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados. La resolución de la Comisión Delegada no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto.”.*

Respecto a este apartado surgen varias cuestiones, atendiendo a que las controversias que se originen entre las Administración del Estado y la Comisión serán resuelta por los procedimientos previstos en la Ley Arbitral, imposibilitando a la Comisión de acudir ante la los jueces ordinarios con el fin de que estos sean los encargados en dirimir las controversias que se originen. Pero no es un arbitraje en sentido estricto, sino en realidad, una forma de organización, distribución de competencias y asignación de atribuciones. Propiamente dicho, pues, no nos encontramos ante un Arbitraje en sentido propio, cuya naturaleza, contractual o no, responde a esquemas procesales muy distintos, que pueden incluir desde transacción, mediación, hasta fórmulas típicas del derecho Internacional, que utilizan supuestos, normas y técnicas completamente distintas de las aquí denominadas genéricamente “Arbitraje” con el adjetivo de “Institucional” para evitar confusión.

Si se analiza el modelo propuesto, hace referencia a controversias relevantes, y fue prevista para resolver las desavenencias que pueden darse dentro de la misma Administración Pública

con las demás entidades que cuenta con cierto grado de vinculación o dependencia con esta. No debería ser éste el caso se presenta con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con los postulados de la Ley, en el sentido de que esta entidad tiene independencia y credibilidad en sus actuaciones, razón por la cual el procedimiento previsto para la resolución de controversias entre la Administración General del Estado y la Comisión no es el más oportuno, atendiendo a que el Gobierno puede llegar a ostentar la doble calidad de juez y parte en la controversia y puede incidir directamente en el fallo que se pueda proferir<sup>1509</sup>, de allí que sea necesario que se establezca un mecanismo eficiente para la resolución de las controversias entre la Administración General del Estado y la Comisión.

## **6.6. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y TRANSPARENCIA EN SUS ACTUACIONES**

El Capítulo V de la Ley, artículos 37 y siguientes, está dedicado a la Transparencia y Responsabilidad<sup>1510</sup>, donde se incorpora la necesidad de que sus actuaciones sean públicas para lo cual se señalada, que todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes, atendiendo al deber de confidencialidad de los datos suministrados por los agentes, puedan ser puestos a consideración de los agentes- operadores, de la Administración y de los consumidores en general de todos los actos que se realicen por esta entidad, como se indica en el artículo 37 de la Ley<sup>1511</sup>.

---

<sup>1509</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO. Óp. cit. Pp., 41 *“Reconociendo la agilidad y eficacia que se pueden derivar del sometimiento de las controversias originadas entre la AGE y determinados organismos públicos a este procedimiento (en particular, los mencionados expresamente en la referida disposición adicional de la Ley 11/2011), esta sujeción al arbitraje institucional, con sus características de obligatoriedad de interdicción del acceso a la jurisdicción, se considera inapropiada en atención a la relación de independencia que tiene reconocida la CNMC, pudiendo suponer una merma seria de dicha independencia. La propia Ley 11/2011 es consciente de la dificultad de principio que se deriva de compatibilizar este mecanismo de resolución de controversias con el carácter independiente de los precursores de la CNMC, tanto la CNC como el resto de Organismos Reguladores, que no los incluye expresamente en su ámbito subjetivo de aplicación, a diferencia, por ejemplo, de los mencionados en la Disposición Adicional Novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.”*

<sup>1510</sup> Artículo 31, que en cierta medida reproduce los criterios previstos en la Ley de Economía Sostenible, que en su sección 5ª *“De la transparencia y la responsabilidad social de los Organismos Reguladores”*. Donde se precisa en su artículo 20, la publicidad de los actos de los Organismos reguladores y en el artículo 21, lo relativo al Control Parlamentario por parte de estas entidades.

<sup>1511</sup> Este artículo debe leerse de la mano con el Proyecto de Ley Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ((121/000019) BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-19-1 de 07/09/2012, donde se especifica en la SECCIÓN 1ª. RÉGIMEN GENERAL. Artículo 9, el derecho que tienen las personas acceder a la información pública, atendiendo a los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española y en esta Ley, de allí que surja la obligación de que la información pública entendida como los contenidos o documentos que obren en poder de cualquiera

de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones deberá ser publicada, afectos de garantizar la transparencia en sus actuaciones, tal como se indica el artículo 11 del Proyecto citado, atendiendo siempre a los límites en materia de confidencialidad como límite al acceso a la información artículo 12 literal k.

De allí que se establezca un listado más o menos considerable de documentos que deben ser publicados para garantizar la publicidad y la transparencia que deben tener todas las actuaciones de esta entidad, donde se destaca:

1. El organigrama de la entidad donde se especifiquen las funciones y composiciones de cada una de las direcciones previstas en la Ley. Así como la publicación de los currículos de los miembros del Consejo y del personal directivo.
2. La resolución de los acuerdos adoptados en las reuniones del Consejo.
3. Los informes en los que se basan las decisiones del Consejo<sup>1512</sup>.
4. Dos importantes documentos que habían incorporados en la Ley de Economía Sostenible (LES)<sup>1513</sup>, donde se señala que la Memoria anual de las actuaciones realizadas por la entidad en el año, donde se incluya un informe de cuentas, los objetivos y planes desarrollados por parte de la entidad, los resultados obtenidos, el cual deberá ser remitido al Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad. Así como los respectivos informes económicos sectorial, los cuales tendrán que ser publicados anualmente, donde se presente una realidad del sector, la evolución y las perspectivas de los sectores, estos informes deberán ser remitidos a la respectiva Comisión correspondiente del Congreso de Los Diputados y a los titulares del Ministerio competente en el sector de que se trate y del Ministerio de Economía y Competitividad.
5. Todos los informes que sean elaborados sobre la estructura competitiva de mercados o sectores productivos o sectores productivos.
6. La publicación de los planes de actuación, donde se indica cual será el plan de actuación de esta durante el año siguiente, con los objetivos y prioridades

---

<sup>1512</sup> Vale la pena traer a colación lo señalado por parte la Comisión Nacional de Competencia, quien alude que sobre este aspecto, no debe entenderse como un publicidad de todos actos, sino algunos de ellos o los que cuentan trascendencia o revierten importancia. COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO. Óp. cit. Pp.4. *“Por otro lado, tampoco parece acertada la publicidad, sin discriminación, de los informes en que se basan las decisiones del Consejo. Sin perjuicio de que en materia de control de concentraciones sea una práctica usual de la CNC la publicación de su versión no confidencial junto a la resolución correspondiente, no parece apropiado que ocurra lo mismo en materia sancionadora, en la que el Informe-propuesta de la Dirección de Investigación es una mera propuesta, que no condiciona al Consejo y que puede contener imputaciones que posteriormente no sean sancionadas por el Consejo. Y lo mismo ocurre con los recursos o las medidas cautelares. En este tipo de casos, entendemos que la obligación de transparencia queda sobradamente cumplida con la publicación de la resolución. Por ello se propone matizar la redacción del apartado en cuestión”*.

<sup>1513</sup> Artículo 20. d) La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por el Organismo, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.

e) El informe económico sectorial, de carácter anual, en el que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector. En este informe se incluirán las observaciones y sugerencias del Organismo Regulador sobre la evolución del mercado, así como sus propuestas de reforma regulatoria, destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector. El informe se enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.



correspondientes, la cual deberán remitirse a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad.

7. Los informes elaborados sobre proyectos normativos o actuaciones del sector público sometidos a su consideración.
8. Las reuniones de los miembros de la Comisión con empresas del sector, siempre que su publicidad no afecte al cumplimiento de los fines que tiene encomendada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
9. La publicación tanto de las resoluciones que ponen fin a los procedimientos o las que impongan medidas cautelares.
10. La iniciación de expediente de control de concentraciones.
11. La incoación de expedientes sancionadores.
12. La realización de inspección de acuerdo con lo previsto en la Ley 15/2007.

Como un último elemento que permite garantizar la transparencia de la Comisión deberá presentar cada tres años, una evaluación de sus planes de actuación y los resultados que han sido obtenidos durante este tiempo. Lo que se busca es efectuar un seguimiento de las medidas regulatorias que han sido expedidas, sus impactos y si estas han sido cumplidas efectivamente por parte de los operadores.

Es necesario que la información que se publique, atienda a que cierto tipo de documentos están sometidos a confidencialidad; en particular como bien precisó en su momento el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia, donde se indica que en los procedimientos en los que se aplica la Ley de Defensa de la Competencia, y de forma similar en otras actuaciones que se realicen por los otros organismos sectoriales, la información que se recopila o es suministrada por parte de las empresas, operadores, cuenten con un régimen específico, razón por la cual debe reducirse en la medida de lo posible la publicidad de todos los documentos o precisar que documentos se encuentran exentos de publicidad<sup>1514</sup> y que fue consagrada en la Ley y que responde a su vez a los límites establecidos en la Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno<sup>1515</sup> Ley 19/2013, de 9 de

---

<sup>1514</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL. Pp., 43-44

<sup>1515</sup> Artículo 14. Límites al derecho de acceso.

1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

- a) La seguridad nacional.
- b) La defensa.
- c) Las relaciones exteriores.
- d) La seguridad pública.
- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.
- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.
- h) Los intereses económicos y comerciales.
- i) La política económica y monetaria.
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.
- l) La protección del medio ambiente.

diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, publicada en el B.O.E., el día 10 de diciembre de 2013.

El Capítulo VIII del Reglamento Interno de Funcionamiento, establece el Régimen de Transparencia y Publicidad, en el artículo 36, dedicado a Transparencia, indica que la CNMC ajustará sus actuaciones a lo normativa vigente en materia de transparencia (aunque es anterior a la publicación de la citada Ley de Transparencia).

No se puede dejar de lado el Informe al Instituto Nacional del Consumo, que si bien no hace parte de los informes a publicar que se prevé en el artículo 37, la disposición adicional decimotercera de la Ley 3/ 2013 <sup>1516</sup>, indica que la Comisión deberá remitir al Instituto Nacional de Consumo (atendiendo a que la Comisión conserva competencias en materia del Sector Postal y de energía, de manera conjunta con los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Fomento), un informe sobre referido al año anterior en que se incluya información comprensiva del número de reclamaciones planteadas de los consumidores atendidas, el objeto de las mismas, las resoluciones tanto estimatorias como desestimatorias adoptadas, las sanciones impuestas y demás aspectos que se considere relevantes.

El artículo 38, denominado a las Medidas para mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de los procedimientos de supervisión, artículo que se incorporó durante la tramitación legislativa, ya que el proyecto remitido por parte del Gobierno para su estudio y aprobación no contenía esta disposición.

La finalidad de su incorporación es garantizar que las actuaciones que se lleven a cabo por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se contará con un órgano de control interno, la cual contará con dependencia funcional y capacidad de informar, se regirá bajo los principios de imparcialidad, objetividad y evitar la producción de conflictos de interés. Se podría decir que este órgano de control interno, viene a complementar las funciones que son atribuidas en el Capítulo IV en materia económica y financiera.

Sumado a los informes y memorias previstos en el artículo 37 de la Ley, se indica que se elaborará una memoria dedicada exclusivamente a la función supervisora, donde el órgano de control interno elaborará un informe en que se precisará si las decisiones adoptadas por parte de la Comisión se han adecuado a la normativa procedimental aplicable. La memoria anteriormente descrita deberá ser aprobada por parte del Consejo de la Comisión y

---

<sup>1516</sup> Disposición adicional decimotercera. Remisión de informes al Instituto Nacional de Consumo.

Sin perjuicio de las funciones asumidas por los Ministerios de Industria, Energía y Turismo, en materia de energía, y de Fomento, en relación con el sector postal, previstas en la letra c) del apartado 1, y letra d) del apartado 2, de la Disposición adicional octava, y en el apartado 1, de la Disposición adicional undécima, los mencionados Ministerios remitirán al Instituto Nacional del Consumo, dentro del primer trimestre de cada año natural, un informe referido al año anterior en el que se incluya información comprensiva del número de reclamaciones planteadas por los consumidores atendidas, objeto de las mismas, resoluciones estimatorias y desestimatorias adoptadas, sanciones, en su caso, a las que dieron lugar, así como cualquier otro aspecto que se considere relevante.

posteriormente será remitida a las Cortes Generales y al Ministerio de Economía y Competitividad.

El sistema previsto en el artículo viene a ser complementado por lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento Interno de Funcionamiento, titulado Del Sistema de Control, especificando que el Presidente, a través del Departamento de Control Interno, velará por el debido cumplimiento de lo dispuesto tanto en el reglamento y cualquier normativa en materia de competencia.

La Memoria anual que se presente sobre las actividades desempeñadas por parte de la CNMC, particularmente en lo que corresponde al Plan de Sistemas de Información del organismo, deberá incluir cuales han sido las medidas pertinentes en materia de transparencia, precisándose cuales han sido los indicadores que permitan el seguimiento de los objetivos establecidos en esta materia.

# Capítulo VII

## Funciones y Potestades Atribuciones de la CNMC

---

### 7.1. FUNCIONES DE LA CNMC

El CAPITULO II titulado Funciones<sup>1517</sup>, las clasifica en dos grandes grupos, además de las disposiciones adicionales donde se transfieren algunas funciones administrativas a Ministerios y Secretarías:

Grupo I: las funciones de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos que asume la Comisión provenientes de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia contenidas en el artículo 5º, funciones que no fueron modificadas, simplemente lo que se hizo fue la reasignar dichas funciones a la CNMC

- Grupo II: las funciones de supervisión y control de los sectores de las comunicaciones electrónicas, del sector eléctrico y del sector del gas natural, del mercado postal, del mercado de comunicación audiovisual, en materia de tarifa aeroportuarias y del sector ferroviario, reguladas en los artículos 6º a 11º de la Ley.

Son funciones de carácter típicamente regulatorio, cuya finalidad es que se cree y preseve el mercado a través de cuatro instrumentos de intervención en el que agrupan dichas funciones

---

<sup>1517</sup> PEREZ, CLAUDI. “Bruselas critica con dureza las medidas de Rajoy contra la crisis”. EL País. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2012/05/31/actualidad/1338494965\\_028552.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/05/31/actualidad/1338494965_028552.html) [En línea] (Consultado 01/06/2012). Una vez efectuada la presentación del Plan Nacional de Reformas, la Comisión Europea ha publicado las primeras reflexiones respecto del paquete de medidas con las que el Gobierno Español pretende disminuir la crisis o mitigar sus efectos. Las observaciones están dirigidas a las medidas y reformas como la Reforma Financiera, la Fusión de los Organismos Reguladores, Miscelánea, la Reforma Laboral, Impuestos y Pago a Proveedores. En lo que respecta a nuestro tema de estudio, Bruselas se pronunció afirmando: “Fusión de reguladores: dudosa eficacia e independencia. El Gobierno español ha anunciado su intención de fusionar, en el segundo semestre del presente año, la Comisión Nacional de la Competencia con siete autoridades de supervisión y regulación nacionales (energía, telecomunicaciones, servicios postales, medios audiovisuales, transporte ferroviario, transporte aéreo y juegos de azar), creando así un organismo único, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. El objetivo es mejorar la eficiencia. Sin embargo, el actual proyecto de ley no garantiza que el nuevo super regulador actúe "de forma eficaz e independiente".

como lo son la regulación de acceso; la regulación tarifaria, la regulación técnica en la que se incluyen las obligaciones de servicio universal y la regulación de competencia, común a todos los mercados reguladores y que se agrupan en la CNMC.

La particularidad de la Ley y a la cual se hacía referencia tanto en los Informes como en la Memoria Justificativa se refiere a la necesidad de devolver aquellas funciones Administrativas que en su momentos fueron asignadas a la diversas Comisiones y que atendiendo a su naturaleza deberían ser devueltas a la Administración General del Estado. Dicha reasignación no se realizó de manera uniforme. Se realizaron de manera aleatoria y arbitrariamente, lo puede derivar en un sinnúmero de inconvenientes.

Este modelo implica que la CNMC coordine permanente su actividad con la actividad que se desempeña por parte de los Ministerios. El modelo elegido no responde a un modelo sistémico, en cuanto a las funciones regulatorias encomendadas a la CNMC. Esta es la razón por la que la Comisión Europea cuestionó dicho reparto, principalmente en materia de telecomunicaciones, donde las funciones de tipo “administrativo” son fundamentales para la adopción de las medidas regulatorias en este sector, sumado al inconveniente de la convivencia en una mis a entidad de la cultura del deserecho de la competencia con el de la regulación.

Puede existir otra clasificación en cuanto a las funciones de la Comisión, tal como recuerda MONTERO PASCUAL<sup>1518</sup> dividiéndolas en categorías diferentes. La primera es la de aplicación de la normativa de competencia tanto internacional como nacional prevista fundamentalmente en el artículo 5 de la Ley, propias de una Autoridad de Competencia; la segunda sería la regulación propia de los mercados previstas en los artículos 6 a 11 de la Ley entre las que se destacan la de entrada al mercado, el acceso al mercado y las obligaciones de servicio público y, la tercera, se referiría a las funciones de garantía en sectores específicos, como ciertos aspectos relacionados en su mayoría con el sector audiovisual como la protección de los menores, aspectos de publicidad y de pluralismo entre otros.

Como una de las principales observaciones que se hizo en su momento al Proyecto y que tiene total vigencia una vez publicada la Ley, es que el Gobierno considera que la labor de los reguladores consiste en una tarea de supervisar, desconociendo que la tarea de regular es una actividad más amplia en cuanto a las labores que le son encomendadas y su relación directa con el mercado. De ahí hubiera sido conveniente una revisión de las funciones que la nueva Comisión iba a desempeñar a través de sus dos secciones, en consideración a que la supervisión y la regulación son distintas, y que si bien el regulador dentro de las funciones que le son atribuidas supervisa, no es la única labor que realiza. Tal como indica Ariño y de la Cuétara<sup>1519</sup> en su momento sobre el mencionado proyecto, sólo alude a funciones de supervisión y control de los mercados, y de un conjunto de sectores objeto de análisis por parte la Comisión y simplemente se remite a las tareas que actualmente son desempeñadas por los actuales

---

<sup>1518</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op. cit. Pp. 123 y ss.

<sup>1519</sup> ARIÑO, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. “*Reguladores sectoriales...* Op. cit. Pp. 17 y ss.

La simple lectura de las funciones que describiremos a continuación nos permite concluir que existen una serie de Comisiones dentro de una gran Comisión con una serie de atributos, pero que impide que los agentes regulados puedan identificarlo como su regulador<sup>1520</sup>.

Es tal vez uno de los aspectos que mayor número de observaciones e inconvenientes presenta y que fue objeto de un riguroso análisis por parte de los Organismo Reguladores, de la Comisión Nacional de Competencia y del Consejo de Estado (quien realiza un análisis respecto al reparto de competencias), del Ministerio de la Presidencia (este último no acepta en su mayoría las observaciones realizadas por las diversas Comisiones, salvo algunas de las propuestas por la CMT en su Informe), además de los comentarios realizados por la doctrina sobre el nuevo marco competencial<sup>1521</sup>, donde determinan que la refundación del nuevo marco regulatorio implica una modificación sustancial a los mercados regulados de electricidad, telecomunicaciones, postal y del Derecho de la Competencia, en general con carácter crítico.

Se destaca de forma detallada en cada uno de los Informes presentados por cada Comisión, que aluden al dato de que la nueva reorganización de funciones contraviene la Directivas Comunitarias<sup>1522</sup>. Por el contrario, en el informe elaborado por el Ministerio de la Presidencia se señala que el modelo propuesto es coherente a las Directivas Comunitarias, al señalar que la nueva entidad goza de la independencia tanto orgánica como funcional respecto de la Administración y del sector privado, precisando que cuenta un catálogo amplio de incompatibilidades y criterios para el cese del cargo, lo cual permite garantizar plenamente esa independencia que se considera como elemento fundamental de las autoridades reguladores y

---

<sup>1520</sup> Ibidem. Pp. 18

<sup>1521</sup> VIRGILIA FORURIA, EDUARDO. “*la unificación de los Reguladores*”. Disponible en: <http://www.lavozdigital.es/cadiz/v/20120708/opinion/unificacion-reguladores-20120708.html> [En línea] (Consultado 31/07/2012). La pérdida del conocimiento adquirido por parte de los organismos reguladores durante tantos años, se constituye en el principal inconveniente de la fusión de estos organismos bajo un solo Organismo, atendiendo a que los nueve comisionados, puedan conocer con una mínima profundidad sectores tan complejos, lo cual puede generar una captura del organismo regulador por parte de las empresas reguladas, en razón del escaso conocimiento por parte de los reguladores frente a los temas objetos de estudio.

Si bien estas son las consideraciones que el Gobierno expone para la creación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), la Comisión Europea, ha cuestionado esta propuesta, obligando a replantear la propuesta inicial, tal como se afirma en los diarios digitales “El Confidencial Digital. “Bruselas frena en seco al Gobierno y su proyecto para crear un macroregulador de la economía en España. Fue uno de los anuncios estrella del Ejecutivo”. Disponible en: <http://elconfidencialdigital.com/dinero/075731/bruselas-frena-en-seco-al-gobierno-y-su-proyecto-para-crear-un-macroregulador-de-la-economia-en-espana-fue-uno-de-los-anuncios-estrella-del-ejecutivo> [En línea]. (Consultado 31/07/2012) y Expansión. “La regulación, otra vez en revisión”. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/07/03/opinion/editorialylaves/1341347689.html> . [En línea]. (Consultado 31/06/2012).

<sup>1522</sup> Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. (BOE nº 160 de 5/7/2007), constituye un ejemplo de distribución de competencias entre la Autoridad Reguladora y el Estado, lo cual derivaba en la obligación de que el Ejecutivo no realizará a mutuo propio una nueva distribución de competencias que trajera consigo posibles incumplimientos al ordenamiento comunitario. El Proyecto, no ha tenido en cuenta las presiones y directrices dadas por la Unión Europea en cuanto a las atribuciones dadas a los regulares sectoriales, a pesar de las objeciones del Gobierno quien afirma que la distribución de competencias previstas en el Decreto no afecta el orden europeo.

que es común en todas la Directivas Comunitarias. Asimismo, muchas de las últimas reformas y modificaciones a los sectores exigidas a través de estos documentos, han sido transpuestas al Ordenamiento Jurídico Español Su imparcialidad y transparencia en sus actuaciones y la posibilidad de recurrir las decisiones que en el seno de la Comisión se ventilan ante la Jurisdicción, como una forma de control adicional, con el fin de evitar la discrecionalidad y arbitrariedad<sup>1523</sup> son aspectos destacados también de este Informe.

Hay un aspecto que hay que tener en cuenta respecto a las funciones que desempeñaba la Comisión Nacional de Competencia, las relativas a la Promoción de la Competencia, cuyo objetivo fundamental es promover las mejores prácticas para garantizar el desarrollo de los mercados en un entorno competitivo.

Esta actividad se realiza con los agentes económicos, las autoridades públicas y los usuarios y se encuentra consagrada en la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual tanto en su Estatuto Orgánico, como en su Reglamento se establecen el conjunto de atribuciones para el desarrollo efectivo de esta atribución y que ha significado para el mercado en general que viene a complementar el control *ex post* de los comportamientos empresariales y el control *ex ante* de las concentraciones empresariales. Todas estas atribuciones recogidas y desarrolladas en la Ley de Competencia y reglamentos y demás normas que la desarrollan y complementan, no se recogen en el nuevo texto, por lo que es lógico que surja la preocupación por parte de la Comisión Nacional de la Competencia de que muchas de sus atribuciones, si bien son reproducidas en los diferentes apartados que conforman el Anteproyecto, no incorpora en su totalidad todas las atribuciones dadas en materia de Promoción de la Competencia, lo que tendría una incidencia directa en el mercado. Por ello que se sugiera una revisión en cuento a estas atribuciones y la conservación de las mismas en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.<sup>1524</sup>.

---

<sup>1523</sup> Sumadas a las anteriores consideraciones y reflexiones sobre la distribución de competencias entre los diversos reguladores que contempla el Anteproyecto y los Ministerios, en lo correspondiente a la pérdida de la especialización y la distribución inexacta de las competencias, es válido traer a colación la reflexión realizada por parte del Círculo Cívico Expansión. “El Círculo Cívico acusa al Gobierno de querer controlar los entes reguladores”. Disponible en: <http://www.expansion.com/agencia/efe/2012/06/01/17310248.html> [En línea]. (Consultado 02/06/2012). “Ambos han resaltado que el reparto de funciones entre reguladores y ministerios provocará un mayor intervencionismo del Estado, ya que al fusionar las comisiones y nombrar al consejo del organismo resultante, el Ejecutivo “se garantiza la capacidad de orientación política y de influencia en los sectores regulados”.

<sup>1524</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO DE LEY... Óp. cit. Pp.9. “Sin embargo, el APL, si bien recoge expresamente algunas de estas funciones típicas, al mismo tiempo omite o desdibuja buena parte de ellas en la enumeración que realiza en el art. 8. Ello supone un debilitamiento de las funciones de promoción, bien directamente, al desaparecer una parte importante de las comprendidas en el actual artículo 26 de la Ley de Defensa de la Competencia, que como parte del Título III de esta Ley queda derogado en la norma proyectada, bien indirectamente en otros casos, al modificar el alcance de la facultad de informar sobre proyectos normativos del artículo 25.a) de la Ley de Defensa de la Competencia y reducir severamente, como se explicará, la virtualidad de la atribución de impugnar jurisdiccionalmente actos o normas de rango inferior a Ley que incluyan obstáculos a la competencia efectiva, prevista en el artículo 1.4 del APL. Esta pérdida supondría una merma trascendental en la capacidad de la futura autoridad, la CNMC, para garantizar el buen funcionamiento de todos los mercados.”

Antes de proceder a realizar algunas reflexiones respecto a las facultades de la Comisión<sup>1525</sup> y la redistribución de otras a las demás entidades del Estado, es necesario precisar que el modelo escogido puede afectar los objetivos, funciones y competencias que han sido encargados a las diferentes agencias regulatorias, ya que con el nuevo modelo propuesto de contar con una sola agencia regulatoria se pueden ver afectadas prácticamente en su totalidad.<sup>1526</sup>

La Directivas que podrían ser contravenidas de acuerdo al nuevo orden competencial son:

---

<sup>1525</sup> Algunos autores entre ellos BETANCORT, ANDRÉS. “*Mínimos Reguladores...* Op. cit. Pp. 39-40, han postulado que una de las posibles soluciones o mecanismos para que el Anteproyecto saliera adelante es realizar una valoración de cuáles mercados cuentan con problemas estructurales y cuáles han avanzado significativamente a la competencia y de esta manera determinar si estos últimos pueden agruparse bajo el paraguas de un regulador como se ha propuesto en el Anteproyecto; proponía el autor que los otros reguladores que no superen esta prueba continuaran siendo considerados como Organismos Reguladores independientes conservando su naturaleza de *ex ante*, como sucede con el mercado de la energía. Si bien la propuesta puede ser adecuada los resultados que arrojen los estudios pueden arrojar que es necesario seguir contando con reguladores independientes y que tanto la regulación *ex ante* y *ex post*, sean realizadas por entidades diferentes, sin olvidar los criterios y postulados dados por las Directivas Comunitarias donde ha hecho hincapié en la existencia de este tipo de organismos. Adicionalmente se debe precisar que si bien dentro de cada sector hay mercados que cuentan con condiciones óptimas de competencia, no debe entenderse que todo el sector cuenta con tal grado de competencia que le permitiría que la labor de regulación fuera asumida por un único regulador para todos sectores. En igual sentido Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Op. cit. Pp12. “*Las dificultades mayores que se opondrán a la bien intencionada decisión de unificar en un solo organismo la tarea de regular mercados diversos proceden, sin embargo, del Derecho Comunitario. Las normas europeas imponen en algunas ocasiones qué clase de organismos tienen que existir e impiden reordenaciones de funciones como las que pretende llevar a cabo el Anteproyecto.*”.

<sup>1526</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre... Op. cit. Pp., 3 “*1.3. Las Directivas europeas de gas y electricidad obligan a los Estados miembros a establecer una única Autoridad Reguladora Nacional, a la que atribuyen competencias y funciones específicas, sin excluir la posibilidad de que pueda asumir competencias en otros sectores. La normativa española que otorgue esas competencias al organismo regulador nacional, debe respetar escrupulosamente el contenido mínimo establecido en las referidas Directivas, garantizando el efecto útil de las mismas, no sólo en lo que respecta a la atribución concreta de funciones, sino también en la configuración de la ARN, su naturaleza jurídica y su estatuto orgánico y funcional.*”



<b>DIRECTIVAS EUROPEAS QUE PUEDEN SER INCOMPATIBLES CON EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA</b>		
<b>GAS Y ELECTRICIDAD</b>	<b>TELECOMUNICACIONES Y SECTOR AUDIOVISUAL</b>	<b>SECTOR POSTAL</b>
Directiva 2009/72/CE <sup>1527</sup>  Directiva 2009/73/CE <sup>1528</sup>	Directiva 2009/140/CE <sup>1529</sup>  Directiva 2009/136/CE <sup>1530</sup>  Directiva 2010/13/UE <sup>1531</sup>	Directiva 2008/6/CE <sup>1532</sup>

**Cuadro 65 - Fuente Informes de las Comisiones, Proyecto de Creación de la CNMC – Creación Propia: Directivas Europeas que Pueden ser Incompatibles con el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.**

Se parte de la premisa de que no existen los suficientes criterios para determinar bajo que parámetros fueron distribuidas las funciones de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de Competencia<sup>1533</sup>, ni tampoco cómo serán las relaciones con los organismos para

<sup>1527</sup> DIRECTIVA 2009/72/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE

<sup>1528</sup> DIRECTIVA 2009/73/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE

<sup>1529</sup> DIRECTIVA 2009/140/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>1530</sup> DIRECTIVA 2009/136/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n o 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

<sup>1531</sup> DIRECTIVA 2010/13/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)

<sup>1532</sup> DIRECTIVA 2008/6/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios

<sup>1533</sup> MONFORTE, CARMEN. “El PSOE busca apoyo parlamentario contra la reforma de los reguladores” Disponible en: [http://cincodias.com/cincodias/2012/05/29/empresas/1338298781\\_850215.html](http://cincodias.com/cincodias/2012/05/29/empresas/1338298781_850215.html) [En línea]. (Consultado el 30/05/2012). Respecto a los posibles incumplimientos por parte de España de las Directivas Comunitarias, se ha indicado por parte del Comisario de la Competencia Joaquín Almunia, que si bien todos los Estados miembros de la Comunidad tienen permitido adoptar ciertas atribuciones en cuanto a la confirmación de los Organismos Reguladores y la Autoridad de Competencia, no pueden desconocer los requisitos establecidos por parte del Derecho Comunitario en cuanto a los requisitos que han sido establecidos, particularmente en lo dispuesto en el Art. 35 del Reglamento de la Unión y las demás Directivas. Por lo tanto, la nueva institución debe contar con todos los elementos que permitan garantizar su independencia, recursos y la posibilidad de ejercer de manera efectiva las funciones de regulación y competencias atribuidas en los diferentes instrumentos normativos de carácter comunitario.

recabar la información que es indispensable para el ejercicio de algunas atribuciones encomendadas a la Nueva Comisión.

Tampoco es claro, como acertadamente se indica en el Informe elaborado por la Comisión Nacional de Competencia<sup>1534</sup>, en qué momento las competencias atribuidas en materia de mercados, los procesos para su determinación y las atribuciones generales dadas a la Autoridad de Competencia, pueden ser ejercidas en virtud de su carácter horizontal, ya que puede derivar en confusiones mayores en el momento de aplicar la Ley y, asimismo, hay que determinar dentro de la misma entidad, quien sería el competente para el ejercicio de las funciones atendiendo al modelo organizativo y lo difuso en determinados aspectos de la norma. Y ello no se hace en el texto de la Ley.

El marco competencial no debe responder a una simple transposición de disposiciones previstas en la Legislación Sectorial excluyendo atribuciones de la Autoridad de Competencia y viceversa, dado que no todos los proyectos y resoluciones que se elaboren responden de manera exclusiva a atribuciones exclusivas de las Direcciones, sino que a veces pueden corresponder a materias provenientes del Derecho de la Competencia; de allí que sea indispensable contar con una redacción coherente y ajustada a lo que la nueva entidad ha de realizar: de un lado los mercados (sectores) y al mercado en general. Desde dos puntos de vista, pues, uno de carácter vertical - relación a cada sector particular de los definidos en el texto - y otro, de una función horizontal, que se da en materia de las Autoridades de Competencia<sup>1535</sup>.

Uno de los aspectos más cuestionados y que justifica el Dictamen del Consejo de Estado, es que para la fecha en que se presentó el proyecto a consideración de la opinión pública en el mes de febrero, no incorporaba todas las competencias atribuidas a los Organismos Reguladores, particularmente las nuevas competencias atribuidas en las Directivas que fueran transpuestas a través del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen Directivas<sup>1536</sup> en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de

---

<sup>1534</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO DE LEY... Óp. cit.

Pp.17.

<sup>1535</sup> Es necesario señalar que el Vicepresidente de la Comisión y responsable de la Comisión y responsable de la Competencia, Joaquín Almunia, preciso que se estarán atentos al desarrollo del proyecto presentado por el Ejecutivo Español que busca unificar bajo un solo organismo los reguladores sectoriales y la Autoridad de Competencia. La vigilancia por parte de la Unión Europea estará dada en que se garanticen todas y cada una de las normas previstas por parte de la Comisión respecto a cada sector y que este nuevo organismo cuente con todas las garantías de independencia. En tal sentido afirmó: *"Es importante garantizar que este organismo cumpla plenamente todo requisito impuesto por el derecho de la UE y cuente con un marco institucional adecuado y recursos suficientes para garantizar el ejercicio independiente y eficaz de sus funciones reguladoras y de supervisión"*. "Europaexpress. "Almunia vigilará la fusión de los reguladores en España para garantizar que cumpla las normas de la UE". "Disponible en: <http://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-macro-almunia-vigilara-fusion-reguladores-espana-garantizar-cumpla-normas-ue-20120521174559.html>. [En línea]. (Consultado 23/05/2012). No podemos dejar de lado que la Comisión Europea ante propuestas similares como la que se está cursando en España ha presentado reparos como ha sucedido con Hungría y Rumania.

<sup>1536</sup> Uno de los principales inconvenientes que podría darse como producto de la refundición tiene una incidencia directa en la Comisión Nacional de la Energía, atendiendo a que las Directivas Comunitarias han

comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. Lo cual implica que la redacción de dichas funciones sea totalmente acorde con las Directivas<sup>1537</sup>, ya que no basta con su transposición sino que la legislación nacional respete y sea acorde con los mandatos allí dispuestos. La transposición realizada de las Directivas en el mes de marzo por parte del Ejecutivo pretendió realizar una distribución adecuada de las competencias entre la Comisión y el Ministerio, la cual asume muchas de las competencias que en la Directiva deberían ser asumidas por la Comisión Nacional de la Energía y que bajo el nuevo esquema afecta no solo la independencia, sino a los mandatos comunitarios<sup>1538</sup>.

De ahí que en el mismo Dictamen del Consejo de Estado, en el epígrafe donde precisa su competencia que la nueva distribución competencial puede afectar los mandatos comunitarios, para lo cual indican:

*No obstante, teniendo en cuenta que el proyecto “incorpora o modifica la incorporación” de ciertos aspectos de estas Directivas (por decirlo en palabras del citado informe del MINETUR) y que, desde otro punto de vista, las garantías esenciales de independencia y de funcionamiento de las autoridades nacionales de regulación en dichos sectores del Derecho de la Unión Europea y en otros que resultan afectados por el anteproyecto, son objeto de reforma y reestructuración mediante*

---

reforzada la labor de la Comisión, el grado de independencia. En igual sentido ver a Círculo Cívico de Opinión. Cuaderno. Op. cit. Pp. 13, precisando: “El ejemplo de la Comisión Nacional de Energía puede ser suficientemente expresivo de lo indicado. El contenido del Anteproyecto afecta a diversas provisiones de las Directivas 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, y la directiva y 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Especialmente, los artículos 35, de la primera Directiva citada, y 39, de la segunda, establecen las condiciones mínimas de independencia y autonomía de que deben disfrutar las Autoridades Reguladoras Nacionales (ARN) con competencias en los sectores energéticos. Son muchas las provisiones que pueden afectar a la refundición que se pretende de la Comisión Nacional de Energía, como ARN del sector energético, en la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.”

<sup>1537</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados. Óp. cit. 5. Donde se precisa un listado amplio de atribuciones que no habían sido reconocidas por parte del Gobierno en la redacción prevista del Anteproyecto, precisando “En relación a las funciones de la CNMC, es necesario que se incorporen al artículo 5.2 del Anteproyecto las funciones de las autoridades reguladoras previstas -en lo que se refiere al sector eléctrico- en las letras c), d), e), h) -en lo relativo a la calidad del servicio-, p), r), s), t) y u) del artículo 37.1 de la Directiva 2009/72/CE, y -en lo que se refiere al gas natural- en las letras c), d), e), h) -en lo relativo a la calidad del servicio-, q), r), s), t) y u) del artículo 40.1 de la Directiva 2009/73/CE. Asimismo, es necesario que se modifiquen las letras a), f), h), i), j) y l) del artículo 5.2 del Anteproyecto para la completa incorporación de las funciones previstas -en lo que se refiere al sector eléctrico de designación y certificación de los gestores de la red de transporte prevista en los artículos 10 y siguientes de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE; la función de supervisión de las medidas adoptadas por los distribuidores para garantizar la exclusión de conductas discriminatorias prevista en el artículo 35 de la Directiva 2009/72/CE y en el 39 de la Directiva 2009/73/CE así como la función de llevanza de los registros sobre transacciones de suministro y derivados suscritos con los clientes mayoristas o los gestores de las redes de transporte prevista en los artículos 40 de la Directiva 2009/72/CE y 44 de la Directiva 2009/73/CE las letras a), k), q), o) y j) del artículo 37.1 de la Directiva 2009/72/CE, y -en lo que se refiere al gas natural- en las letras a), i), k), r), p) y j) del artículo 41.1 de la Directiva 2009/73/CE. Por otro lado, deben incorporarse al ya citado artículo 5.2. la función de promoción de la cooperación regional prevista en los artículos 6 de la Directiva 2009/72/CE y 7 de la Directiva 2009/73/CE”.

<sup>1538</sup> Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Op. cit. Pp. 13-14.

*la Ley cuyo anteproyecto se somete en consulta, es claro que corresponde al dictamen de este Consejo pronunciarse sobre dicha incorporación y la forma en que los aspectos relativos al Derecho de la Unión Europea quedan integrados en el nuevo sistema<sup>1539</sup>.*

Es necesario tener presente las observaciones dadas por el Consejo de Estado respecto a la nueva distribución competencial que prevé el Proyecto que posteriormente fueron incorporadas y si la transposición realizada a través del Real Decreto-Ley 13/2012 fue conforme al Derecho Comunitario y las valoraciones realizadas en la Memoria de Impacto, documento que fue remitido al Congreso de los Diputados.

El Consejo de Estado<sup>1540</sup> alude al hecho de que como producto de las distintas observaciones realizadas a lo largo del Proyecto, la distribución competencial sufrió algunas modificaciones. Particularmente al establecer un artículo exclusivo al marco competencial de la Comisión respecto a la función general y defensa la competencia y un listado de seis artículos dedicados a la supervisión de los mercados de comunicaciones electrónicas, del sector eléctrico, del sector del gas natural, del mercado postal, mercado audiovisual, en materias aeroportuarias y del sector ferroviario, así como de la incorporación de la cláusula residual a favor de la CNMC, que se constituye en un elemento indispensable para todos los agentes.

Se reitera que el mecanismo adoptado para realizar la distribución competencial es abierto e inseguro tanto por la indefinición de funciones como por su escasa concreción en algunos supuestos. Por lo tanto, el objetivo de contar con un marco adecuado de funciones que genere una confianza inversora y dé seguridad jurídica no pueden alcanzarse, particularmente en las nuevas competencias que puedan ser atribuidas una vez entre en funcionamiento la nueva Comisión<sup>1541</sup>. Tampoco hay referencias específicas a ciertas funciones que atendiendo a su relevancia deberían haber sido incorporadas o expresamente atribuidas, particularmente en lo referente a los mecanismos de protección de los ciudadanos, a los catálogos de sus derechos y obligaciones.

Asimismo, se precisa un listado de competencias que deberían ser asignadas particularmente en lo que corresponde a las funciones supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas, previstas en la Ley General de Telecomunicaciones en su artículo 48, 3e), cuya importancia es fundamental para garantizar el cumplimiento de funciones asignadas como son la pluralidad de ofertas, la interconexión de las redes y la explotación de redes que son la piedra angular de un sector cuyo elemento fundamental es la red y el conjunto de obligaciones y derechos que se derivan de ella, además de la verificación y cumplimiento de las medidas que

---

<sup>1539</sup> CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados. Op. cit. 17.

<sup>1540</sup> Ibidem. Pp. 31 y ss.

<sup>1541</sup> Ibidem. Pp. 32. Donde se indica: “Por lo que hace a la primera cuestión, si ya de por sí el sistema del anteproyecto es abierto e inseguro ( en el sentido de que conviven las funciones actualmente atribuidas a los reguladores, junto con las expresamente concedidas a la CNMC y las previstas en favor de los ministerios), la dificultad es mayor porque las cláusulas residuales que otorgan competencias a las CNMC en cada uno de los preceptos que se dedican a la cuestión [así, artículos 5.1.h) 6.f), 7.ai), 8, g) 9.K) 10. C) y 11.g)] lo hacen solamente con carácter prospectivo o para el futuro, encargándole “realizar cualesquiera otras funciones que a partir de la entrada en vigor de esta ley le sean atribuidas por la ley o el real decreto”...

deben ser encomendadas en este caso a la Comisión Nacional de Competencia y los Mercados. Este mismo inconveniente se replica en las funciones de Supervisión y control del sector eléctrico y del sector del gas natural, en el sector postal y en el sector ferroviario.

En lo que respecta a la transposición realizada de las Directivas Comunitarias por el Real Decreto-Ley 13/2012, el Consejo de Estado indicó que el anteproyecto sometido a su estudio efectúa una nueva distribución competencial que va más allá de lo que inicialmente se había previsto por parte del Derecho Comunitario respecto a las atribuciones dadas a los Organismos Reguladores en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y en el sector energético y del gas.

Sobre el particular se indica que al no existir una transferencia efectiva de todas las funciones en los artículos 6 y 7 del anteproyecto, tienen que aplicarse de manera conjunta con las normas vigentes en materia hidrocarburos y del sector de las telecomunicaciones, particularmente en las relaciones que se establecen por parte de los Organismos Reguladores de cada Estado miembro de la Unión, con la Agencia de Cooperación de Reguladores de Energía en materia de electricidad y gas natural.

Pero atendiendo a la importancia de las funciones y relaciones allí previstas, es necesario que éstas sean incorporadas o se haga una remisión a la misma de manera expresa, como precisa el Consejo de Estado:

*Todas estas funciones, según se ha dicho, figuran ya recogidas en la vigente legislación y habrán de entenderse referidas a la CNMC (disposición adicional segunda, apartado 2, del anteproyecto), pero se estima con claridad y uniformidad del marco regulador europeo debiera llevar a incluirlas de forma expresas en los preceptos correspondientes de la Ley proyectada, que por lo demás es conforme con el Derecho comunitario en la materia.<sup>1542</sup>*

En la Memoria de Impacto<sup>1543</sup>, se indica que las diferentes Comisiones realizaron observaciones sobre las diferentes funciones, haciendo especial hincapié en aquellas que por omisión o por la falta de un análisis detallado de las mismas no fueron incluidas o que no fueran asignadas expresamente a la nueva entidad, como precisa el Consejo de Estado en su Dictamen.

Muchas de estas observaciones fueron incorporadas, por lo que fue necesario que se elaborara una nueva redacción de las funciones de esta entidad, particularmente en lo que corresponde a las de defensa y promoción de la competencia y las que se reasignan a los Departamentos Ministeriales, la atribuciones en materia del mercado de las comunicaciones electrónicas y algunas competencias previstas en materia audiovisual, en materia de energía y las correspondientes al mercado postal.

---

<sup>1542</sup> Ibíd. Pp. 30.

<sup>1543</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS... Op. cit. Pp. 31 y ss.

Asimismo se precisa en la misma Memoria<sup>1544</sup> que no se aceptaron aquellas funciones que no cuentan con una relación directa con la misión y objetivos de la Comisión, precisando *“En este sentido, debe tenerse en cuenta que la concentración de funciones en la Comisión (asumiendo los Ministerios competentes aquellas para las que la independencia de la Administración no resulta necesaria) permite una mayor especialización en su desempeño. En todo caso, la distribución de competencias se ha realizado siempre un escrupuloso respecto al cumplimiento de la normativa comunitaria).*

Sobre el particular es necesario precisar que debe existir una cierta de uniformidad de criterios y de competencias en materias tales como, la protección del consumidor en el ámbito sectorial y asimismo la protección asignada a la Autoridad de Competencia también atendiendo al ciudadano en su veste de relación con los bienes y servicios, recordando que no hay una clara delimitación entre una y otra.

Estos aspectos se encuentran referidos en las Directivas citadas y constituyen un elemento fundamental, no solo para la consecución del Mercado Interior en cada sector, sino de toda la Política Comunitaria y, desde luego, deben ser incorporados de manera adecuada en la normativa de cada País<sup>1545</sup>. Por ello, es necesario determinar si algunas de las competencias a las que se le ha denominado como administrativas por parte del Gobierno, tienen una injerencia directa en las funciones de supervisión y control, porque pueden ser la base para la toma de decisiones respecto de los mercados.

Vale pena señalar que las labores de los reguladores sectoriales no sólo han de limitarse a la supervisión de los mercados, sino que el conjunto de elementos que les ha sido asignado, abarcan un marco competencial amplio para garantizar la competencia y la consecución del mercado interior.<sup>1546</sup>

Sumado a las anteriores reflexiones, la distribución de funciones que antes se encontraban atribuidas a los reguladores sectoriales, son asignadas a entidades u organismos que se encuentran sometidos a una estricta relación de jerarquía<sup>1547</sup>, siendo contrarios los criterios

---

<sup>1544</sup> Ibíd. Pp. 32 y 33.

<sup>1545</sup> Ibídem. Pp. 31.

<sup>1546</sup> COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de. ... Pp. 51. *“Incluso en relación con la regulación de mercados, el Anteproyecto limita en la práctica la eficacia del procedimiento de análisis de los mercados relevantes al privar a la ANR (la CNMC) de una serie de herramientas esenciales, tales como el registro de operadores o la asignación de numeración.*

*Las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes permiten poner en su contexto las modificaciones que la CMT propone a lo largo del presente Informe en relación con determinados artículos del Anteproyecto. Dichas modificaciones se vertebran en torno a dos ejes fundamentales:*

- *garantizar que el nuevo organismo cuente con todas las herramientas que resultan necesarias para adoptar las decisiones relacionadas con los procesos de regulación de mercados;*

- *asegurar la eficacia en el funcionamiento del nuevo organismo, a través del reconocimiento de las funciones de salvaguarda de la competencia que hasta la fecha la CMT ha venido asumiendo, más allá de la pura regulación de mercados, y sobre cuya base ha intervenido en las relaciones entre operadores.”*

<sup>1547</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMAS. *“A la Confusión por la fusión. La pérdida de independencia de los organismos regulatorios no asegura nada bueno”*. El País. Disponible en

previstos en la Unión Europea y muchas de esas facultades tienen incidencia e impacto en los diversos sectores. La justificación de dicho traspaso de funciones responde a razones eminentemente económicas, ya que esto derivaría en mayores ingresos para la Administración general<sup>1548</sup> y no responde al criterio que ha inspirado a toda la Ley, que es el aprovechamiento de las sinergias y conocimientos de las diversas entidades que se integran.

El control ejercido por parte de la Administración del Estado, y la falta de fundamentación en la Ley de Creación de la Comisión de la distribución de competencias entre las distintas entidades ministeriales, supone que la existencia de un único organismo regulador, traerá consigo la reducción significativa de las competencias atribuidas antes a las comisiones sectoriales<sup>1549</sup> y el incremento de las facultades ministeriales en materia de competencia<sup>1550</sup>, que sin dudarlo incidirá directamente en la funciones de la propia Comisión y genera inseguridad en los agentes económicos, por el escaso conocimiento de las autoridades ministeriales sobre cada sector y sobre las competencias asignadas.

#### 7.1.1. Funciones de Competencia

El primer grupo se describen las competencias generales previstas en el artículo 5 la Ley, que se aplican a todos los mercados orientados a la defensa de la competencia y promoción de la misma. Este artículo agrupa las funciones de supervisión, de arbitraje y consultivas a las cuales haremos referencia en epígrafe correspondiente a las Potestades de la CNMC.

Todas las funciones que se agrupan en el citado artículo, eran las mismas funciones que en conjunto realizaba la Comisión Nacional de Competencia y que fueron incluidas en su totalidad en el texto aprobado. Es decir, que la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia recae de manera exclusiva en esta nueva entidad, lo que implicará que todas y cada una de las labores

---

[http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051\\_273410.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html)[En línea]. (consultado el 10/05/2012)

<sup>1548</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS. Op. cit. Pp. 17. *La puesta en marcha efectiva de la Comisión generará ingresos para el Estado por la integración en su patrimonio de los bienes sobrantes de la fusión y por la recaudación de ciertas prestaciones patrimoniales que ahora se asignan a la administración de ciertas prestaciones patrimoniales que ahora se asignan a la administración general del estado, a la luz de las nuevas competencias asumidas por los ministerios correspondientes.*

<sup>1549</sup> NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. "A propósito de la reforma de los organismos reguladores". Expansión. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/04/23/opinion/tribunas/1335217244.html>. [En línea]. (Consultado 10/05/2012)., quien afirma "Entendemos que, con el nuevo sistema propuesto por el Gobierno, se estaría más cerca de la segunda opción que de la primera, ya que todo el mundo puede comprender que las operadoras en los sectores regulados estarán mejor (se sentirán con mayor seguridad jurídica) en manos de un supervisor especializado y suficientemente dotado de medios como puede ser la CNE o la CMT, que en manos de un macro regulador que estudiaría lo mismo temas de energía que de telecomunicaciones o audiovisual. El atasco y la demora en la resolución de los expedientes puede ser, además, algo habitual, por el efecto de cuello de botella que puede provocar que todos los asuntos deban pasar por un único regulador, dependiendo, en última instancia de los vaivenes políticos del gobierno de turno (en este caso, y según la reforma propuesta, del Ministerio de Economía y Competitividad)."

<sup>1550</sup> LÓPEZ GALDÓS, MARIANELA. "Proyecto de Ley para la Creación...Op. cit. Pp. 103.

que eran desempeñadas por la entidad que desaparece (CNC) se trasladan en bloque a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para lo cual se debe contar con los elementos que permitan combatir las conductas anticompetitivas y garantizar la protección de la competencia<sup>1551</sup>.

#### **7.1.1.1. Funciones de carácter general**

El mencionado artículo cuenta con la siguiente estructura:

Un apartado primero, donde se especifica que la Comisión Nacional de los Mercados, con el fin de garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia la existencia de una competencia efectiva en otros los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, tendrá un elemento amplio de funciones que se pueden agrupar de la siguiente manera:

- Supervisión y control de los mercados y sectores
- Arbitraje de acuerdo a lo previsto en la Ley 60/2003, sin perjuicio de las competencias autonómicas en esta materia. No tendrá un carácter público y será regulado mediante real decreto (ya venimos indicando que propiamente no se trata de Arbitraje)
- Las funciones provenientes de la aplicación de la Ley 15/2007 en tres aspectos a saber:
  - o En materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos.
  - o En materia de control de concentraciones.
  - o En materia de ayudas públicas
- Aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho Derivado, sin perjuicio de las competencias que corresponden en el ámbito de la jurisdicción competente.
- Adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras Comisiones Nacionales de Competencia de los Estados miembros previstos en la normativa comunitaria y, en

---

<sup>1551</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2007-2012 Cinco años en perspectiva. Se precisa en la memoria presentado por la Comisión en el numeral X titulado X. El futuro la reforma de los reguladores y el reforzamiento de la política de competencia en España, lo siguiente: *“En general, es necesario recordar la necesidad de contar en nuestro país con una Autoridad de competencia fuerte y bien dotada de medios humanos y materiales que puede seguir realizando como hasta ahora las labores de persecución de las conductas anticompetitivas y, de cara a las Administraciones Públicas, de promoción de la competencia. Es importante, en este sentido, que la arquitectura institucional que finalmente se determine asegure la efectiva aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.*

*Para alcanzar el objetivo de mejora de la supervisión de los mercados de bienes y servicios será además importante garantizar una correcta articulación de las funciones regulatorias y de aplicación de la normativa de competencia, que sirva al objeto de fortalecer el desarrollo de la competencia en los mercados.”*



particular, en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus normas de desarrollo.

- Promover y realizar estudios y trabajos en materia de competencia y elaborar informes generales respecto a los diversos sectores económicos
- Y todas las demás funciones que le sean atribuidas por la Ley o por Real Decreto.

#### **a. Acuerdos contrarios a la competencia**

La CNMC es competente para la aplicación de lo previsto en el TFUE en su art. 101 como se precisa en el art. 5.1.f de la Ley y de acuerdo con consagrado en la legislación nacional en el artículo 1 de la Ley 15 de 2007.

Los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia son ilegales, a menos que tengan alguna virtud redentora, como la mejora de la eficiencia económica. En los acuerdos entre competidores se pueden determinar aspectos como, por ejemplo, fijar precios, repartirse los mercados o para limitar la producción - a menudo referido como acuerdos horizontales - están severamente castigados, y en algunos sistemas de derecho puede incluso conducir a la detención de las personas responsables de ellos, que no sucede en el sistema español.

Los acuerdos entre empresas en diferentes niveles del mercado - conocido como los acuerdos verticales- también pueden ser atacados, cuando podrían ser perjudiciales para la competencia: un ejemplo sería cuando un proveedor de bienes instruye a sus minoristas no para revenderlos a menos de un precio determinado, una práctica a menudo se refiere a la imposición de precios de reventa como. Como propuesta general, los acuerdos verticales son mucho menos propensos a dañar a la competencia que las horizontales.

#### **b. Abuso de posición de dominio**

La CNMC tiene competencia para investigar y posteriormente sancionar esta conducta conforme a lo previsto en el art. 102 del TFUE, así como en lo previsto en la Ley de Defensa de la Competencia del 2007, en su art. 2.

El comportamiento abusivo de un monopolio, o por una empresa dominante con poder sustancial de mercado que permite que se comporte como si fuera un monopolista, también puede ser condenado por la ley de competencia. Un ejemplo sería cuando una empresa dominante reduce sus precios a menos del costo con el fin de conducir a un competidor del

mercado o para disuadir a un competidor entre en el mercado de manera que posteriormente pueda cobrar precios más altos , un fenómeno conocido como precios predatorios.

### *c. Concentraciones*

A diferencia de los Acuerdos contrarios a la Competencia y el Abuso de Posición de dominio, que se enmarcan dentro de un proceso tipo sancionatorio., es decir un control posterior, las concentraciones y fusiones tienen como particularidad un control previo de una conducta, con el fin de que sea analizada por parte de la Autoridad y proceda a su autorización o autorización condicionada por los efectos que puede derivar el mercado.

La valoración que se realiza hace conforme a una serie de criterios como son la estructura de los mercado, la posición de las empresa afectados, donde será necesario analizar tanto su fortalezas, el poder de negociación en el mercado, los efectos que podría suponer la concentración en el mercado y las eficiencias económicas que pueden darse en el ambito comercial o el sistema de producción si la concentración se llega a autorizar o no.

Se precisa que las concentraciones deberán ser notificadas a la CNMC antes de que se concrete por parte de los intervinientes. La competencia esta prevista en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Muchos sistemas de Derecho de la Competencia permiten que una Autoridad de Competencia procedan a investigar las fusiones entre empresas que podrían ser perjudiciales para el proceso competitivo: claramente si un competidor fuera a adquirir una empresa de su competidor principal existe la posibilidad de que los consumidores se verían privados de elección, por la existencia de un solo proveedor de bienes y servicios, implicando que estos tengan que pagar precios más altos como resultado.

### *d. Ayudas públicas*

Se debe partir de la premisa que la competencia para determinar si dichas ayudas son compatibles o no con el régimen de competencia de la UE, de allí que la competencia en exclusiva la tenga la Comisión Europea.

Dichas restricciones, generalmente son producidas por parte de los Estado que en algunas circunstancias es responsable de alternar, restringir y distorsionar la competencia, por ejemplo, como resultado de las medidas legislativas, reglamentos, reglas de licencia o el otorgamiento de subvenciones.

Atendiendo, a la competencia exclusiva que tiene la CE, la labor de la CNMC en este ámbito es la examinar las restricciones "públicas" de la competencia y de desempeñar un papel de "la competencia de promoción ' comentando, e incluso recomendar el retiro de tales restricciones.

### **7.1.1.2. Funciones de promoción**

El artículo 5.2 de la Ley de Creación de la CNMC, incorpora la función de Promoción de la Competencia<sup>1552</sup>, viene a determinar la función que le ha sido encomendada a la CNMC de promoción de la competencia, como un instrumento destinado que se reduzcan las prácticas restrictivas a la competencia; a través de los informes sobre las propuestas normativas cuya finalidad es evitar que las normas que se expidan generen escenarios contrarios a la competencia, así como la elaboración de informes diagnóstico sobre todos los sectores regulados.

Son múltiples los mecanismos con los que cuenta para ejercer esta función. De ahí que no se debe limitar a ser un órgano consultivo tanto del Parlamento, como de la Administración General del Estado, sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, a través de la remisión de comentario o indicaciones sobre la legislación y los cambios que pueden gestarse sobre los proyectos legislativos. También debe proceder de forma semejante en la elaboración y posterior remisión de comentarios o indicaciones sobre políticas públicas. La LCCNMC limita a dos supuestos concretos que son la elaboración de informes sobre los proyectos normativos que pueden menoscabar su ámbito competencial y las labores de informe sobre los criterios de cuantificación de las indemnizaciones.

El ámbito viene a complementarse los demás instrumentos que desarrollan la Ley de Defensa de la Competencia que no fueron derogadas, que habilitan a la Comisión a la elaboración de informes sobre los mercados, la elaboración de guías y recomendaciones, así como otro tipo de documentación explicativa, programar y/o participar en seminarios<sup>1553 1554</sup>. Las cuales si bien no son vinculantes en un principio, por ser indicativas sobre lo que debería hacerse, no impidan que estos valiosos instrumentos se constituyan en verdaderos derroteros de la actuación de la Comisión como de las demás autoridades.

Por último, aspecto al que hicimos referencia sobre las relaciones de la CNMC con el Gobierno y la Administración General del Estado, la legitimación de la CNMC para impugnar en sede judicial los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados<sup>1555</sup>, legitimación que se amplía a la función encomendada por parte de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, a la que haremos referencia a continuación.

---

<sup>1552</sup> JIMÉNEZ-LA IGLESIA OÑATE, JOSÉ MARÍA. “Promoción de la Competencia”. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011, Pp. 393-440.

<sup>1553</sup> Ibid. Pp. 403 y ss.

<sup>1554</sup> ÁVILA, PALOMA. “El papel de la Comisión... Op. cit. Pp. 377

<sup>1555</sup> Capítulo V. Naturaleza Jurídica de la CNMC. 5.2.3.2. Relaciones con el Gobierno y la Administración General del Estado.

### 7.1.1.3. Funciones para la Protección de los Operadores Economicos (Ley de Unidad de Mercado)

Se suman a este elenco de funciones las que se encuentran previstas en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado<sup>1556</sup> a través de mecanismos que permitan realizar de manera efectiva el principio consagrado en la Constitución Española de Unidad de Mercado, que en su Capítulo VII “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación”, precisa qué competencias asumirá la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Así en materia del procedimiento; en materia de los operadores económicos; en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación<sup>1557</sup>. En todos ellos, se indica el procedimiento que debe seguir el operador económico, cuando considere que se han vulnerados sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, lo que los habilita a presentar reclamaciones ante la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado. El procedimiento previsto en este artículo tiene el carácter de alternativo, lo que habilita al operador a interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan.

En caso que sea interpuesta la reclamación, para su resolución las Autoridades competentes actuarán y cooperarán a través de la red de puntos de contacto para la unidad de mercado y solución de diferencias de la que formará parte la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Una vez realizado el trámite previsto en el artículo 26<sup>1558</sup> y notificada la resolución y si el operador considera que la decisión no satisface sus derechos o intereses legítimos, podrá dirigir su solicitud a la CNMC, conforme a lo previsto en esta Ley

Asimismo, se legitima a la nueva Comisión como se indica en el artículo 27 de la Ley, bajo el nombre de “Legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia” para que pueda interponer recursos contencioso administrativo. Lo que se le ha denominado como “recurso para la garantía de la Unidad de Mercado”<sup>1559</sup> frente a cualquier

---

<sup>1556</sup> Ya desde su remisión como Proyecto de Ley. CORTES GENERALES. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA. Núm. 56-1 SERIE A: PROYECTOS DE LEY 16 DE JULIO DE 2013 PROYECTO DE LEY 121/000056 Proyecto de Ley de garantía de la unidad de mercado. Disponible en: [http://www.congreso.es/porta1/page/porta1/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000056\\*.NDOC.%29](http://www.congreso.es/porta1/page/porta1/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000056*.NDOC.%29) [En línea] (Consultado 24/08/2013). El texto de la Ley en Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado B.O.E del día 10 de diciembre de 2013.

<sup>1557</sup> Vid artículos 26 y 27 del citado texto legal.

<sup>1558</sup> Vid nota anterior.

<sup>1559</sup> LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ. “La Garantía de la Unidad de Mercado”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*. Nº 871, 2013 (Ejemplar dedicado a: Unidad de mercado). Pp. 35-46.

disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria a la unidad de mercado procedente de cualquier autoridad, de acuerdo con el procedimiento previsto en el capítulo IV del título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Asimismo ha de poder iniciar de oficio o a solicitud de los operadores económicos este tipo de procedimientos teniendo en cuenta el informe de la Secretaría del Consejo sobre la reclamación, cuando se constate una transgresión a la unidad del mercado y a las condiciones de competencia. Lo cual se constituye en una modificación al régimen procedimental imperante, porque esta legitimidad que se le otorga a la CNMC constituye un nuevo procedimiento contencioso administrativo, ya que se construye como un procedimiento alternativo a los recursos administrativos o jurisdiccionales existentes<sup>1560</sup>, al permitir que esta entidad recurra directamente ante la Audiencia Nacional - Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>1561</sup>, alterando de esta manera el sistema de reglas generales de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que establecía que los asuntos serían llevados por referencia a la naturaleza de la impugnación, no por el actor, regla que se altera como ya hemos indicado con la introducción del artículo 127 bis.

Dentro de las facultades que se le asignan a la CNMC, se encuentra que en el recurso que se presente, se puede solicitar la suspensión de dicho acto o disposición autonómica que esté afectando la unidad de mercado, así como cualquier otro tipo de medida cautelar<sup>1562</sup>. Dicha suspensión se concederá automáticamente.

En su segundo apartado, se viene a indicar que la CNMC podrá actuar de oficio o a petición de los operadores económicos quienes podrán dirigirse a la Comisión antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. En el supuesto de presentarse una petición y teniendo en cuenta el informe que realizado por parte de la Secretaría del Consejo sobre la reclamación, se valorará dentro del plazo de cinco días si procede o no la interposición del recurso contencioso administrativo y será informado el operador de la decisión que sea adoptada.

Se le impone la obligación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de informar al Ministerio de Economía y Competitividad y a la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado de todos los recursos interpuesto y de las peticiones y denuncias recibidas.

En cuanto al plazo para interponer el recurso contencioso administrativo ordinario por parte de los Operadores, cuando éstos hayan presentado solicitud ante la CNMC, suspenderá el plazo hasta que se le comunique la decisión adoptada.

---

<sup>1560</sup> LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave*. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/ley-20-2013-de-garantia-de-la-unidad-de-mercado-las-diez-reformas-clave.pdf> [En línea] (Consultado 08/05/2014).

<sup>1561</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *La Garantía de la Unidad de Mercado*. Ponencia presentada en el Seminario Eduardo García de Enterría- Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Mayo 7 de 2014.

<sup>1562</sup> Ibid. Pp. 43.

En el caso de acción popular prevista en la disposición quinta<sup>1563</sup>, la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo corresponderá en exclusiva a la CNMC.

Otro aspecto a destacar, es que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es la entidad encargada de aplicar de preservar, garantizar y promover la existencia de los mercados, tal estaba consagrado en el artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia<sup>1564</sup> y por consiguiente de que exista una aplicación efectiva de misma y por ende que exista la competencia. A tal efecto en aras de garantizar la unidad la Unidad de Mercado, la Ley de Garantía de la unidad de mercado, en su Disposición final primera, por la cual se modifica la Ley 29, 1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa habilita a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conforme a lo previsto en el Capítulo VII, poder presentar recurso contencioso administrativo, contra las disposiciones, actos, actuaciones, vías de hecho procedentes de cualquier Administración pública que sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación previstos en la Ley de Unidad de Mercado.

Podemos concluir, que las funciones que se le asignan a la CNMC son amplias, de allí que sea necesario que ésta pueda determinar bajo qué supuestos se puede llegar a considerar que una actuación o disposición es contraria a la Unidad de Mercado y de esta manera proceder a la interposición del recurso<sup>1565</sup>. Por lo tanto, corresponderá a la CNMC en su labor de promoción, elaborar instrumentos o guías en los que se pueda precisar por parte de la Administración en qué supuestos se puede apreciar la existencia de una limitación injustificada y una restricción al principio de unidad de mercado.

Más allá de la legitimación que se le conceda a la CNMC, para la defensa oportuna de la Unidad de Mercado, hay otro problema que subyace y que en su debido momento señaló la CNC en su Informe sobre el anteproyecto. Se trata de conocer cómo se viene a garantizar la independencia de la CNMC respecto de los operadores, cuando estos se dirigen a la CNMC para que esta ejerza su legitimación<sup>1566</sup>. Es muy fácil que el límite previsto para el ejercicio de la legitimación, que es la defensa efectiva del interés general encomendado a la CNMC, pueda ser aprovechado para la defensa de los intereses particulares de los operadores. De allí que la CNMC deba establecer los mecanismos tendentes para el ejercicio de la acción, y que pueda

---

<sup>1563</sup> Disposición adicional quinta. Acción popular.

Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y, a través de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ante los Tribunales el cumplimiento de lo establecido en esta ley, y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución, para la defensa de la unidad de mercado.

En particular, se reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos de afectados para ejercer el derecho de petición a que se refiere el artículo 27 de esta ley y para personarse en el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado regulado en el capítulo IV del título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>1564</sup> SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. *La Ley de Defensa de la Competencia*. Iustel. Madrid. 2007

<sup>1565</sup> LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ. "La Garantía...Op. cit. Pp. 43.

<sup>1566</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 89/13 ANTEPROYECTO DE LEY DE GARANTÍA DE UNIDAD DE MERCADO. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx?pag=3> [En línea] (Consultado 04/05/2014).

determinar de manera independiente si es conveniente la impugnación siempre y cuando medien intereses generales y reducir los riesgos de instrumentalización por parte de los operadores a los cuales se les ha otorgado otra vía para proteger sus intereses. Ello implica la creación de un plan de acción cuando la CNMC ejerza esta facultad, lo cual redundar en garantizar su competencia y su independencia, a efectos de evitar que convierta en una simple mandataria de los intereses de los operadores<sup>1567</sup>.

#### 7.1.2. Funciones de Regulación (Supervisión y Control)

En lo que corresponde las funciones propias de regulación estas se agrupan en cuatro grandes categorías:

- a) Facultad de regulación de acceso
- b) Facultad de regulación tarifaria o económica
- c) Facultad técnica en la que se incluyen las obligaciones de servicio universal
- d) Regulación de competencia

A continuación se describirán los seis artículos donde se atribuyen las funciones de carácter singular aplicables a seis mercados o sectores que serán regulados por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atendiendo a que la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia no es suficiente para garantizar las condiciones de competencia en dichos mercados.

Asimismo deben tenerse en cuenta las funciones de carácter administrativo o que a juicio del Gobierno deben ser trasladadas a las dependencias ministeriales, atendiendo a la reorganización de la Administración, tal como se encuentra consagrado en las disposiciones adicionales séptima a duodécima que serán analizadas posteriormente. Funciones que se han reorganizado por imperativo comunitario, en el sentido de que se piensa que a la sección de Regulación Sectorial o de Reguladores sectoriales les sean transferidas todas y cada una de las funciones encomendadas a la CMT y desconociéndose la división de competencias administrativas y regulatorias que fueron incorporadas en el proyecto, lo que permite que la Comisión cuente con un elenco amplio de competencias en materia de telecomunicaciones<sup>1568</sup>.

---

<sup>1567</sup> Ibid. Pp. 12 y 31 y ss. *“Una filosofía que, al contrario de lo dicho, pretenda configurar la legitimación de la CNMC como un mecanismo de protección automática de los derechos de los operadores, supone incrementar de hecho el riesgo de judicialización de la actividad económica. Y además introduciría una tensión desaconsejable para el futuro organismo, derivada del coste de canalizar e instrumentar dichas impugnaciones, que se potencia por determinados aspectos del diseño del instrumento que hace el artículo 27 y que modifica de la LJCA”.*

<sup>1568</sup> EUROPA PRESS. *“El Congreso podrá vetar a los consejeros del nuevo organismo regulador que proponga el Gobierno”*. Disponible en: <http://www.labolsa.com/noticias/20130226133746001/el-congreso-podra-vetar-a-los-consejeros-del-nuevo-organismo-regulador-que-proponga-el-gobierno/> [en línea] (Consultado el 03/03/2013). *“Por otro lado, se propone que se queden en la nueva CNMC todas las funciones de telecomunicaciones que actualmente desempeña la Comisión del Mercado de las*

El artículo 6 está dedicado a la Supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas<sup>1569</sup>. Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de las comunicaciones electrónicas, la Comisión cumplirá las siguientes funciones, sumadas a la que se incorporaban en el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones<sup>1570</sup>, (hoy ya Ley 9/2014) en particular en lo relacionado a la regulación *ex ante* de los mercados y resolución de conflictos (artículo 13 y siguientes del anteproyecto) y las funciones asignada en el artículo 70 a la nueva Comisión. Sabemos ya que fueron modificadas en la Ley General de Telecomunicaciones<sup>1571</sup>, atendiendo a las indicaciones de la Comisión Europa<sup>1572</sup>. Sin embargo, el Gobierno continuó con la misma línea de trasladar algunas funciones a la Administración, lo que se puede traducir en una disminución de la regulación y la calidad de la misma, como veremos posteriormente en las funciones que se asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo tal como se especifica en el artículo 69 de la Ley.

El artículo por lo tanto, precisa cuáles son las competencias en materia de telecomunicaciones<sup>1573</sup>, las cuales vienen a ser complementadas por lo previsto en el artículo 70 apartado 2 de la Ley General de Telecomunicaciones:

---

*Telecomunicaciones (CMT), a pesar de que en el texto inicial se dijo que las funciones no estrictamente regulatorias se devolverían al Ministerio.”*

<sup>1569</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 28-2- Serie A: PROYECTOS DE LEY. 13 de marzo de 2013. ENMIENDAS E INDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO. 121/0000028 Proyecto de Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1) [En línea] (Consultado el 6/06/2013).

<sup>1570</sup> MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES. Comisión Permanente de 21 de enero de 2013. Disponible en: [http://sie.fer.es/esp/Servicios/Innovacion\\_Tecnologia/Enlaces\\_Noticias\\_interes/Borrador\\_anteproyecto\\_Ley\\_Gral\\_Telecomunicaciones/webFile\\_18767.htm](http://sie.fer.es/esp/Servicios/Innovacion_Tecnologia/Enlaces_Noticias_interes/Borrador_anteproyecto_Ley_Gral_Telecomunicaciones/webFile_18767.htm) [en línea] (Consultado 21/02/2012).

<sup>1571</sup> LEY 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (BOE Núm. 114 10/05/2014).

<sup>1572</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op. cit. Pp. 65. Quien es muy crítico en lo correspondiente al traspaso de funciones realizadas no solamente en el sector de telecomunicaciones, sino en los demás sectores, en el sentido que las directivas comunitarias no aluden a fragmentación de las tareas de regulación en diversos órganos sino que estas se agrupen en una sola entidad, sobre el particular viene a señalar *El retorno de competencia a la Administración territorial al menos en telecomunicaciones, tuvo que se abortado debido a presiones de la Comisión Europea. Las autoridades comunitarias entendieron que más que una garantía, la reducción del ámbito de competencias del regulador independiente a favor de los ministerios atentaba contra la exigencia de independencia impuesta en las directivas sectoriales. No estamos convencidos de que las directivas comunitarias impidan siempre que las funciones reguladores sean atribuidas a la Administración territorial, especialmente si la misma no presta servicios ni tiene posiciones de control en los operadores (caso de las telecomunicaciones, que es el sector en el que precisamente se proponía el retorno de las funciones al ministerio). Lo que sí parece claro es que dividir funciones sectoriales entre dos o más Administraciones amenaza con reducir la calidad y efectividad de la regulación...*

<sup>1573</sup> Conforme al apartado 3 del artículo 68 del Proyecto de Ley, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en materia de telecomunicaciones, tendrá que desarrollar sus competencias en aplicación de los principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, con arreglo a una serie de fines que son:

a) *Promover un entorno regulador previsible, garantizando un enfoque regulador coherente en períodos de revisión apropiados.*



- Definir y analizar los mercados para establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo de mercado de conformidad con la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones<sup>1574</sup>.
- Determinar si la obligación de prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores y fijar las aportaciones correspondientes a cada uno de ellos<sup>1575</sup>.
- Establecer la metodología y procedimiento para determinar el coste neto del servicio universal así como su cuantía, y los beneficios no monetarios obtenidos por el operador u operadores encargados de la prestación del servicio universal<sup>1576</sup>.
- Las demás funciones atribuidas por la Ley o por el Real Decreto<sup>1577</sup>.

La Ley de Creación de la CNMC modifica lo correspondiente a la separación funcional, en sus dos vertientes obligatoria y voluntaria<sup>1578</sup>; pero la Ley deroga esta modificación, conforme a

---

*b) Fomentar la inversión eficiente orientada al mercado y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, incluso asegurando que toda obligación relativa al acceso tenga debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras, y permitir diferentes modalidades de cooperación entre los inversores y las partes que soliciten el acceso, con el fin de diversificar el riesgo de las inversiones y velar por que se respeten la competencia en el mercado y el principio de no discriminación.*

*c) Imponer obligaciones específicas únicamente cuando no exista una competencia efectiva y sostenible, y suprimir dichas obligaciones en cuanto se constate el cumplimiento de dicha condición.*

*d) Garantizar que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.*

*e) Salvaguardar la competencia en beneficio de los consumidores y promover, cuando sea posible, la competencia basada en las infraestructuras.*

*f) Tener debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas regiones geográficas.*

*g) Ejercer sus responsabilidades de tal modo que se promueva la eficiencia, la competencia sostenible y el máximo beneficio para los usuarios finales.*

<sup>1574</sup> Ley General de Telecomunicaciones, en el **Capítulo III Regulación ex ante de los mercados y resolución de conflictos**, viene a determinar en sus **artículo 13 Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado y artículo 14 Obligaciones específicas aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia**, los procedimientos de revisión de los mercados, la normativa aplicable para su revisión conforme a los criterios previstos en sede europea y las obligaciones específicas aplicables a los operadores con poder significativo de mercado.

<sup>1575</sup> De ser aprobada la Ley General de Telecomunicaciones esta competencia estaría prevista en el artículo 27. Coste y Financiación del servicio universal.

<sup>1576</sup> HERBERT SMITH FREEHILLS. *Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Principales Novedades*. Madrid E-Bulletin. Octubre de 30 de 2012. Disponible en: <http://sites.herbertysmithfreehills.vuturvx.com/178/3273/landing-pages/30102012-e-bulletin-creacioncnmc.pdf> [en línea]. (Consultado el 31/10/2012)

<sup>1577</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 28-2- Serie A: PROYECTOS DE LEY. 13 de marzo de 2013. ENMIENDAS E INDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO. 121/0000028 Proyecto de Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1) [En línea] (Consultado el 6/06/2013).

<sup>1578</sup> LEY 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (BOE Núm. 114 de 10/05/2014). Capítulo IV, artículo 16 a 18, donde se indica en que supuestos medía la Separación Funcional Obligada, la Voluntaria y las Obligaciones específicas adicionales a la separación funcional.

lo previsto en los artículos 16 (Separación funcional obligatoria), 17 (separación funcional voluntaria) y 18 (Obligaciones específicas adicionales a la separación funcional), cuya determinación corresponderá a la CNMC conforme a lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones.

El artículo 7 de la Ley de creación titulado “supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural”, comprende las funciones que se orientan a garantizar el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural:

- La emisión de circulares relativas a:
  - En el sector eléctrico: (i) los peajes de acceso a las redes de electricidad correspondientes a los costes de transporte y distribución; (ii) el acceso a las infraestructuras transfronterizas; y (iii) la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema que proporcionen incentivos para que los usuarios de la red equilibren su producción y consumo.
  - En el sector gasista: (i) los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a las instalaciones gasistas; (ii) la prestación de servicios de balance de forma que proporcionen incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren sus entradas y salidas del sistema gasista; y (iii) el acceso a las infraestructuras transfronterizas.
  - El desarrollo y ejecución de las normas que así lo habiliten para ello en el marco del desarrollo de la normativa energética.
- La supervisión de (i) las obligaciones impuestas a los sujetos del sector eléctrico y gasista de conformidad con la legislación aplicable, así como las relaciones entre ellos, (ii) el cumplimiento de los requisitos por parte de los sujetos del sector eléctrico y gasista, (iii) el buen funcionamiento del sistema energético (capacidad de las redes, almacenamiento, cumplimiento de normas de seguridad y fiabilidad etc.), (iii) la separación funcional y efectiva de las actividades en el sector energético, (iv) la competencia, transparencia y libertad contractual en dichos sectores, (v) las tarifas, precios y condiciones de suministro, (vi) los planes de inversión de los gestores de la red de transporte y las inversiones realizadas por los distintos operadores del sistema energético, y (vii) las subastas energéticas.
- La protección de los consumidores (i) asegurando el acceso de los clientes a los datos de su consumo, (ii) realizando comparativas de los precios de suministro de electricidad y gas natural sobre la base de las ofertas que realizan las comercializadoras, y (iii) adecuando los precios a los consumidores finales, de conformidad con la tarifa de último recurso existente tanto para el sector del gas como para el sector eléctrico.
- La gestión de (i) el déficit de las actividades reguladas y sus mecanismos de financiación. (ii) las garantías de origen de la electricidad, (iii) los modelos normalizados junto con su redacción, y (iv) los sistemas de intercambio de datos en los mercados a escala regional.

- La aprobación y emisión de (i) los contratos entre el propietario de las instalaciones y el Gestor de Red Independientes, (ii) los informes y propuestas de autorización para ejercer la comercialización de gas natural, y (iii) los informes en los expedientes de autorización, modificación o cierre de instalaciones.
- La tramitación de expedientes de exención de acceso de terceros a las instalaciones gasistas<sup>1579</sup>.

Por su parte el artículo 8 dedicado a la “Supervisión y control del mercado postal, funciones orientadas a garantizar el adecuado y correcto funcionamiento del mercado postal”, para lo cual ejercerá las estas funciones:

- El control de la contabilidad del servicio postal, así como la gestión del fondo de financiación del servicio postal universal y las prestaciones de carácter público.
- La emisión de circulares que operen en el sector postal e informes de seguimiento sobre las condiciones de prestación del servicio postal universal.
- La supervisión y control de la aplicación de la normativa vigente en materia de acceso a la red, a otras infraestructuras y servicios postales, así como la gestión y control de la utilización del censo promocional<sup>1580</sup>.

El artículo 9 dedicado la “Supervisión y control del mercado de comunicación audiovisual, funciones orientadas a garantizar el correcto funcionamiento del mercado audiovisual”, para lo cual establece:

- El control y supervisión de las obligaciones derivadas de las emisiones y su contenido audiovisual (tanto de obras europeas como acontecimientos de interés general emitidos por un prestador de servicios nacional o extranjero), de los derechos del público al que dichas emisiones van dirigidas (destacándose la salvaguarda de los derechos de menores y discapacitados), así como los límites al ejercicio del derecho de las comunicaciones comerciales audiovisuales y a la compraventa de los derechos exclusivos en las competiciones futbolísticas españolas regulares.
- El control sobre el cumplimiento del servicio público encomendado a los prestadores de comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello.
- La protección de la legislación española adoptando las medidas de protección necesarias frente a prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea (habiéndose establecido en ese Estado miembro para

---

<sup>1579</sup> Ibidem. Pp. 2 y ss.

<sup>1580</sup> Ibidem. Pp. 3.

eludir las normas españolas más estrictas), y dirigiendo su servicio total o principalmente al territorio español.<sup>1581</sup>

El artículo 10 dedicado a la supervisión y control de tarifas aeroportuarias, precisando las siguientes funciones:

*“En materia de tarifas aeroportuarias, las funciones que la CNMC se podrán encuadrar en la supervisión del cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta llevado a cabo por el gestor aeroportuario, y declarar, la inadmisión de la propuesta o inaplicación de las modificaciones tarifarias, según proceda, cuando se hayan realizado prescindiendo de dicho 4 procedimiento. A estos efectos, las propuestas de modificación o actualización de tarifas habrán de ajustarse a lo establecido en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.”*<sup>1582</sup>

El artículo 11 donde se precisan las funciones de Supervisión en el sector ferroviario, cuya finalidad es garantizar el correcto funcionamiento de este sector:

- Salvaguardar la competencia en la prestación del servicio sobre la Red Ferroviaria de Interés General y sus zonas de servicio ferroviario y en el acceso al mercado de los servicios ferroviarios, así como la igualdad entre las empresas o candidatos que quieran acceder al mercado ferroviario.

- Supervisar las negociaciones entre empresas ferroviarias o candidatos y administradores de infraestructuras y los cánones y tarifas que se establezcan no sean contrarios a la legislación vigente, lo cual lo habilita a intervenir en las mismas cuando las negociaciones transgredan la legislación vigente.

- Supervisar los cánones y tarifas, velando por que los mismos sean acordes a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario

- En el marco de servicios internacionales de transporte ferroviario de viajeros determinar su finalidad y su equilibrio económico.

- Determinar si el equilibrio económico de los contratos de servicio público ferroviario pueden verse comprometidos cuando las estaciones españolas en que se pretende tomar y dejar viajeros estén afectadas por la relación del servicio internacional de transporte ferroviario de viajeros.

- Informar las propuestas de resolución, cuando así lo solicite el Ministerio de Fomento, en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones para la prestación de servicios de transporte ferroviario declarados de interés público.<sup>1583</sup>

- Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por la Ley o por Real Decreto. De allí que sea necesario que este artículo se lea de manera conjunta con la Disposición adicional decimosexta, denominada Ejercicio temporal de las funciones de supervisión en materia de

---

<sup>1581</sup> Ibíd. Pp. 3.

<sup>1582</sup> Ibidem. Pp. 3-4.

<sup>1583</sup> Ibíd. Pp. 4

tarifas aeroportuarias, las cuales serán asumidas por el Comité de Ferroviaria y Aeroportuaria, a la que haremos referencia en el epígrafe de esta sección dedicado a las Disposiciones adicionales.

Finalmente uno de los objetos de la reforma, es la distribución competencial entre la Comisión y los Ministerios, atendiendo a que es la asunción de competencias o redistribución de competencias administrativas atribuidas anteriormente a los Organismos Reguladores que se fusionan.

#### **7.1.2.1. Cláusula residual**

Conviene en todo caso, tener presente la cláusula residual prevista en la Disposición Adicional quinta, donde se viene a precisar que todas aquellas competencias que no hayan sido asignadas a las demás dependencias ministeriales competentes de la Administración General del Estado serán ejercidas por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Esta competencia, es una de las competencias clásicas atribuidas a los reguladores sectoriales, y que desde sus orígenes se le ha otorgado la denominación de cuasijurisdiccional para resolver los conflictos que se originan entre privados. Su reconocimiento está dado por el conocimiento que se tiene por el regulador de aspectos técnicos que no serían de conocimiento por parte del juez ordinario.<sup>1584</sup>

Ahora bien, la Ley determina un listado más o menos amplio de asuntos que serán objeto de conocimiento por parte de la CNMC, si bien el ejercicio de esta facultad es de carácter excepcional y los asuntos descritos corresponden a los criterios previstos por parte de las Directivas atendiendo a las particularidades propias de cada sector.

En cuanto a su resolución es competente el Consejo, particularmente la Sala de Supervisión Regulatoria. Existen una serie de inconvenientes frente a la asunción de esta competencia por parte de esta Sala y la disparidad de asuntos que serán conocidos, aspectos a los cuales haremos referencia en el apartado correspondiente a funciones del Consejo y de la Sala de Supervisión Regulatoria<sup>1585</sup>, pero lo que se puede apreciar es que el conocimiento sobre los asuntos será por parte de las Direcciones de instrucción y el Consejo y su Sala de Supervisión Regulatoria solo revisará tangencialmente el asunto y dará su visto bueno respecto a la resolución elaborada por la Dirección correspondiente, de allí que sea indispensable que exista la separación entre las

---

<sup>1584</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. *Derecho Público de la Competencia*, Cit. Loc. Ult. Cit. Asimismo en “Evolución del concepto relación jurídica en su aplicación al derecho público”. En VVA *Revista de Administración Pública*. Núm. 90. (Septiembre - Diciembre 1979). Pp. 33-78.

<sup>1585</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op.cit. Pp. 209 y ss.

labores de instrucción y resolución y un adecuado procedimiento con unas garantías mínimas<sup>1586</sup>.

#### **7.1.2.2. Funciones Administrativas transferidas por parte de los Organismos Reguladores a los Ministerios**

Paralelamente a las funciones descritas, se deben tener en cuenta las funciones que se transfieren de los organismos que desaparecen, tal como están previstas en las Disposiciones adicionales séptima a duodécima y la Disposición adicional decimosexta, donde se transfiere de manera temporal las funciones de supervisión en materia de tarifas aeroportuarias. Lo que ha sido denominado, por parte del Gobierno, como una reordenación de competencias entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y los diversos departamentos ministeriales.

La finalidad de esta nueva distribución es hacer eficiente la regulación y atribuir a la nueva Comisión todas y cada una de las competencias regulatorias, particularmente las de supervisión y control de los mercados, como elementos fundamentales que garantizan el correcto o adecuado funcionamiento de los mercados y la libertad de concurrencia en los mismos y trasladar todas y cada una de las funciones de carácter administrativo que pueden ser ejercidas por cualquier dependencia a la Administración ordinaria, atendiendo que no requieren ningún tipo de independencia tanto funcional como orgánicamente.<sup>1587</sup>

---

<sup>1586</sup> CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley general de telecomunicaciones. Consejo de Estado en Pleno. 24 de julio de 2013. Núm.: 648/2013, tal como se precisa en el Dictamen del Consejo de Estado, esta cláusula competencial debería ser excluida, ya que no corresponde a la redacción prevista respecto a la asunción de competencias por parte de las dependencias ministeriales en materias como en el sector postal, energía, lo cual daría paso para que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo asumiera más competencias de las atribuidas generando un conflicto respecto de la aplicación del marco normativo previsto en la Ley 3/2013 y en el propio mercado, porque muchas de estas competencias pueden tener una relación expresa con la regulación ex ante y no el carácter de competencias administrativas, además se constituye en una contradicción con lo previsto en la Ley donde se indica que cuando no hay referencia expresa respecto de la entidad o dependencia que asume las competencias estas competencias serán asumidas por la CNMC. Aspecto que no fue tenido en cuenta y el texto fue presentado recoge esta competencia residual del Ministerio.

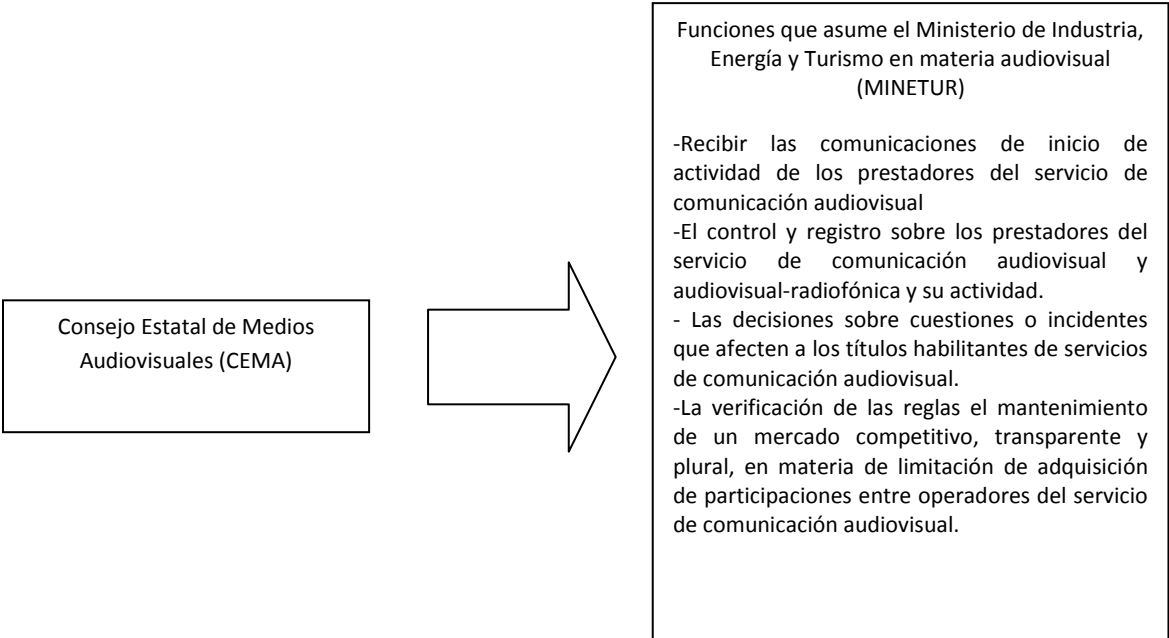
<sup>1587</sup> PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS... Op. cit. Pp. 19 , la cuales fueron modificada en el trámite legislativo, atendiendo a los requerimientos y objeciones presentadas por la Comisión Europea, principalmente a las que eran asumidas por parte del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia del sector de telecomunicaciones. Las disposiciones adicionales donde se realiza la distribución competencial entre la Comisión y los demás departamentos ministeriales son:

1. Disposición Adicional séptima. Funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia audiovisual.
2. Disposición adicional octava. Funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de energía, tanto En el sector eléctrico, como en el sector de hidrocarburos.
3. Disposición adicional novena. Toma de participaciones en el sector energético.
4. Disposición adicional décima. Funciones que asume la Dirección General de ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en materia de juego.

Se debe tener presente lo previsto en la Disposición transitoria cuarta. “Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, donde se precisa que si bien hay una serie de funciones que serán asumidas por parte de las dependencias ministeriales previstas en la ley, una vez la Comisión entre en funcionamiento, ésta asumirá dichas competencias hasta que los Departamentos ministeriales dispongan de los medios necesarios para ejercerlas de forma efectiva.

A continuación relacionaremos las competencias que son transferidas por los Organismos Reguladores a las dependencias ministeriales a través de cuadros explicativos:

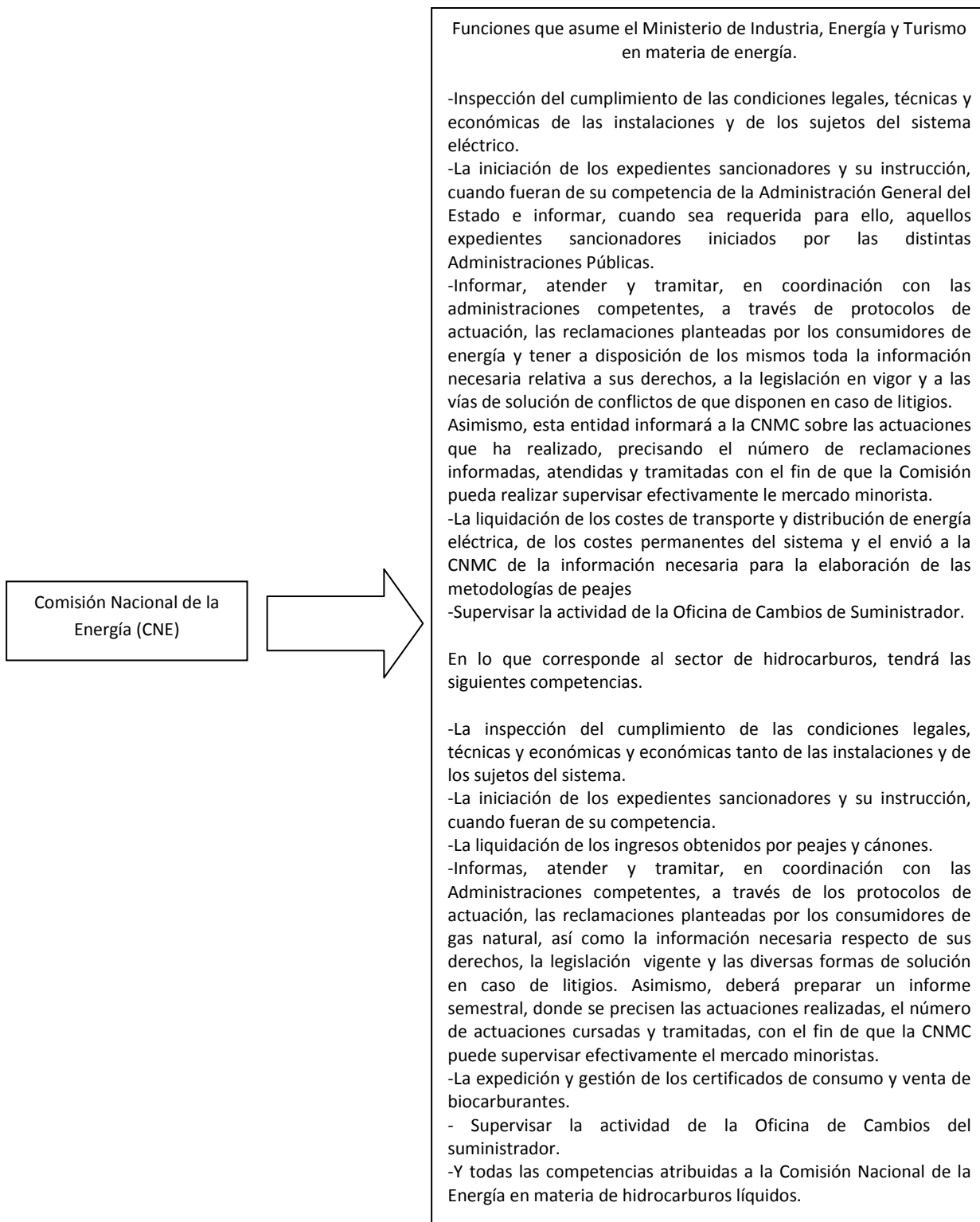
Disposición Adicional séptima. Funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia audiovisual.



**Cuadro 66 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Transferencia de Funciones del CEMA al MINETUR**

5. Disposición adicional undécima. Funciones que asume el Ministerio de Fomento en relación con el sector postal.

**Disposición adicional octava.** Funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de energía, tanto en el sector eléctrico, como en el sector de hidrocarburos.



**Cuadro 67 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Transferencia de Funciones del CNE al MINETUR.**



Esta disposición adicional viene a ser modificada por Disposición final sexta del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico<sup>1588</sup>.

Se añade un apartado 3 en la disposición adicional octava de la Ley 3/2013, de 3 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con la siguiente redacción:

*«3. En el sector eléctrico y de hidrocarburos: conocer la toma de participaciones en el sector energético.»*

La anterior disposición adicional, viene a determinar que la toma de participaciones, será competencia del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Dice así la Disposición adicional novena<sup>1589</sup> “Toma de participaciones en el sector energético”<sup>1590</sup>.

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo conocerá de las siguientes operaciones:

---

<sup>1588</sup> REAL DECRETO-LEY 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE Núm. 167 de 13/07/2013).

<sup>1589</sup> CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 28-2- Serie A: PROYECTOS DE LEY. 13 de marzo de 2013. ENMIENDAS E INDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO. 121/0000028 Proyecto de Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1) [En línea] (Consultado el 6/06/2013).

<sup>1590</sup> Las Competencias a las que alude esta disposición corresponden a las atribuidas a la Comisión Nacional de la Energía, a lo que se le ha denominado como Función 14. Esta función era un mecanismo atribuido a la Comisión Nacional de Energía, quien expedía un informe (vinculante), en que se valoraba si una operación concreta determinada afecta a la seguridad de suministro de nuestro país. Esta función se aplicaba a cuando una empresa adquiere otra, se modifica la propiedad o la participación de las empresas, o en situaciones análogas. Es previa a los dictámenes consultivos que este organismo emite en materia de competencia y que remite a la Comisión Nacional de Competencia.

La función 14 habilitaba la CNE, a autorizar o denegar operaciones si éstas afectan o perjudican a las actividades reguladas (transporte y distribución de gas y electricidad) y que podrían alterar, el funcionamiento del sector eléctrico. En virtud de esta función la CNE podía optar por dos opciones: 1. prohibir la operación (CNE podía para vetarla) o 2. bien ponerle condiciones. Siendo un trámite obligatorio y previo ante cualquier operación societaria.

TOMA DE PARTICIPACIONES EN EL SECTOR ENERGETICO			
a) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la operación del mercado de energía eléctrica o se trate de actividades en territorios insulares o extra peninsulares conforme a lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.	b) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la gestión técnica del sistema gasista conforme a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, o desarrollen actividades en el sector de hidrocarburos tales como refino de petróleo, transporte por oleoductos y almacenamiento de productos petrolíferos.	c) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que sean titulares de los activos precisos para desarrollar las actividades recogidas en las letras a) y b), o bien de activos del sector de la energía de carácter estratégico incluidos en el Catálogo Nacional de infraestructuras críticas de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, y su normativa de desarrollo.  En todo caso, se considerarán activos estratégicos las centrales térmicas nucleares y las centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, así como las refinerías de petróleo, los oleoductos y los almacenamientos de productos petrolíferos.	d) Adquisición de los activos mencionados en la letra c) anterior.

**Cuadro 68 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Toma de Participaciones en el Sector Energético.**

Asimismo se establece en esta disposición un sistema de notificaciones, que se tendrán que realizar ante la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, atendiendo al tipo de participaciones, o cualquier cambio que se realice en cuanto a la participación.

Todas las comunicaciones se tendrán que cursar dentro de los 15 días siguientes a la realización de la correspondiente operación, pudiendo indicarse de forma justificada, qué parte de los datos o información aportada se considera de transcendencia comercial o industrial a los efectos de que sea declarada su confidencialidad.

Las participaciones que deben ser comunicadas son:

OPERACIONES QUE DEBEN SER NOTIFICADAS				
Las sociedades que realicen actividades incluidas en las letras a) y b) del apartado 1 anterior, deberán comunicar a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo las adquisiciones realizadas directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, de participaciones en otras sociedades mercantiles o de activos de cualquier naturaleza que atendiendo a su valor o a otras circunstancias tengan un impacto relevante o influencia significativa en el desarrollo de las actividades de la sociedad que comunica la operación. <sup>1591</sup>	Igualmente deberá comunicarse a la Secretaría de Estado de Energía la adquisición de participaciones en un porcentaje de su capital social que conceda una influencia significativa en su gestión, en las sociedades que, directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, realicen actividades incluidas en el apartado 1 o sean titulares de los activos señalados. De la misma forma, deberá comunicarse la adquisición directa de los activos mencionados en la letra d) del apartado 1.  Además, para la determinación del porcentaje de participación que precisa de comunicación se tomarán en consideración los acuerdos que la sociedad adquirente pueda tener con otros adquirentes o socios para el ejercicio conjunto o	Cuando la adquisición señalada en el apartado 3 se realice por entidades de Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se estará a lo dispuesto en el apartado 7 de esta Disposición <sup>1592</sup> .	Asimismo, serán objeto de comunicación por el adquirente aquellas modificaciones que aisladamente o en su conjunto consideradas puedan suponer un cambio significativo en su participación.	Cuando la adquisición de participaciones afecte a los gestores de red de transporte de electricidad o de gas, incluyendo los gestores de red independientes, se estará a lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

<sup>1591</sup> 7. Si el Ministro de Industria, Energía y Turismo considerase que existe una amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro de electricidad, gas e hidrocarburos en el ámbito de las actividades del adquirente, podrá establecer condiciones relativas al ejercicio de la actividad de las sociedades sujetas a las operaciones comunicadas de acuerdo a los apartados 2 y 4 de esta Disposición, así como las obligaciones específicas que se puedan imponer al adquirente para garantizar su cumplimiento.

Estos riesgos se referirán a los siguientes aspectos:

a) La seguridad y calidad del suministro entendidas como la disponibilidad física ininterrumpida de los productos o servicios en el mercado a precios razonables en el corto o largo plazo para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica.

b) La seguridad frente al riesgo de una inversión o de un mantenimiento insuficiente en infraestructuras que no permitan asegurar, de forma continuada, un conjunto mínimo de servicios exigibles para la garantía de suministro. A estos efectos, se tendrá en cuenta el nivel de endeudamiento para garantizar las inversiones, así como el cumplimiento de los compromisos adquiridos al respecto.

c) El incumplimiento de los requisitos de capacidad legal, técnica, económica y financiera del adquirente o de la empresa adquirida, de acuerdo a lo dispuesto en la normativa específica de aplicación y, en particular, en la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y en sus normas de desarrollo.

A estos efectos, se tomarán en consideración las participaciones que el adquirente tenga o pretenda adquirir en otras sociedades o activos objeto de la presente Disposición.

Las condiciones que se impongan respetarán en todo caso el principio de proporcionalidad y de protección del interés general.

Corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo supervisar el cumplimiento de las condiciones que sean impuestas, debiendo las empresas afectadas atender los requerimientos de información que pudieran dictarse a estos efectos.

	coordinado de derechos de voto en la sociedad afectada.			
--	---	--	--	--

**Cuadro 69 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Operaciones que Deben ser Notificadas.**

Esta disposición adicional viene a ser modificada por Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico<sup>1593</sup>, donde se viene precisar que hasta que se precise el traspaso efectivo del personal, de los medios humanos y técnicos atribuidos al Ministerio de Industria, la toma de participaciones en el sector energético será asumida por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Esta norma transitoria no altera el nuevo régimen jurídico para esas comunicaciones introducido por la citada ley.

Por su parte, la Disposición adicional tercera, precisa:

***Disposición adicional tercera. Competencia para conocer de la toma de participaciones en el sector energético.***

*1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será competente para conocer de las operaciones de toma de participaciones en el sector energético de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, hasta que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo disponga de los medios necesarios para ejercer la competencia de forma efectiva de conformidad con lo previsto en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la referida ley.*

*Mediante Orden del titular del Ministerio de Presidencia, a propuesta conjunta de los titulares de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo, de Economía y Competitividad y de Hacienda y Administraciones Públicas se determinará la fecha a partir de la cual el Ministerio de Industria, Energía y Turismo asumirá el ejercicio de esta competencia, así como de las demás que le atribuye la Ley 3/2013, de 4 de junio.*

*Hasta esa fecha las comunicaciones que con tal objeto deban realizarse se dirigirán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la que le corresponderá resolver sobre dichas operaciones de toma de participaciones en los términos establecidos en la citada disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en la restante normativa de aplicación.*

*2. La competencia para sancionar el incumplimiento del deber de comunicación o de las condiciones y obligaciones impuestas a las sociedades sujetas a operaciones comunicadas le corresponderá a la*

---

La resolución deberá adoptarse de forma motivada y notificarse en el plazo máximo de 30 días desde la comunicación, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Este informe no tendrá carácter vinculante y habrá de ser evacuado en el plazo de 10 días.

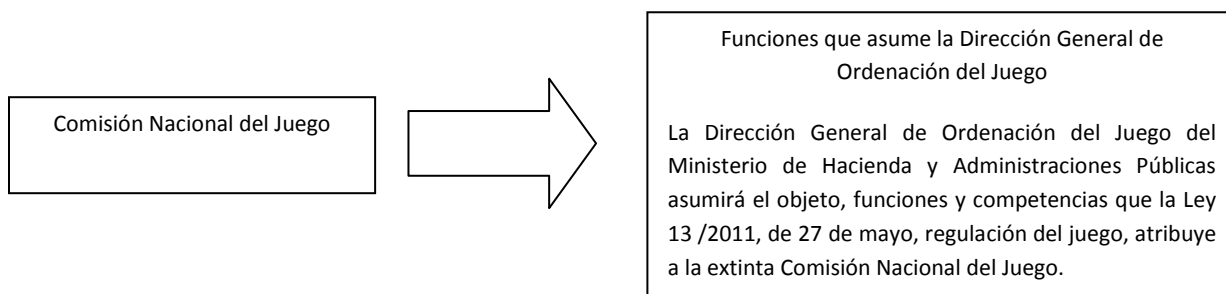
<sup>1592</sup> Apartado 7.

<sup>1593</sup> REAL DECRETO-LEY 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE Núm. 167 de 13/07/2013).

*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Administración General del Estado a partir de la fecha en que produzca efectos la orden prevista en el apartado anterior.*

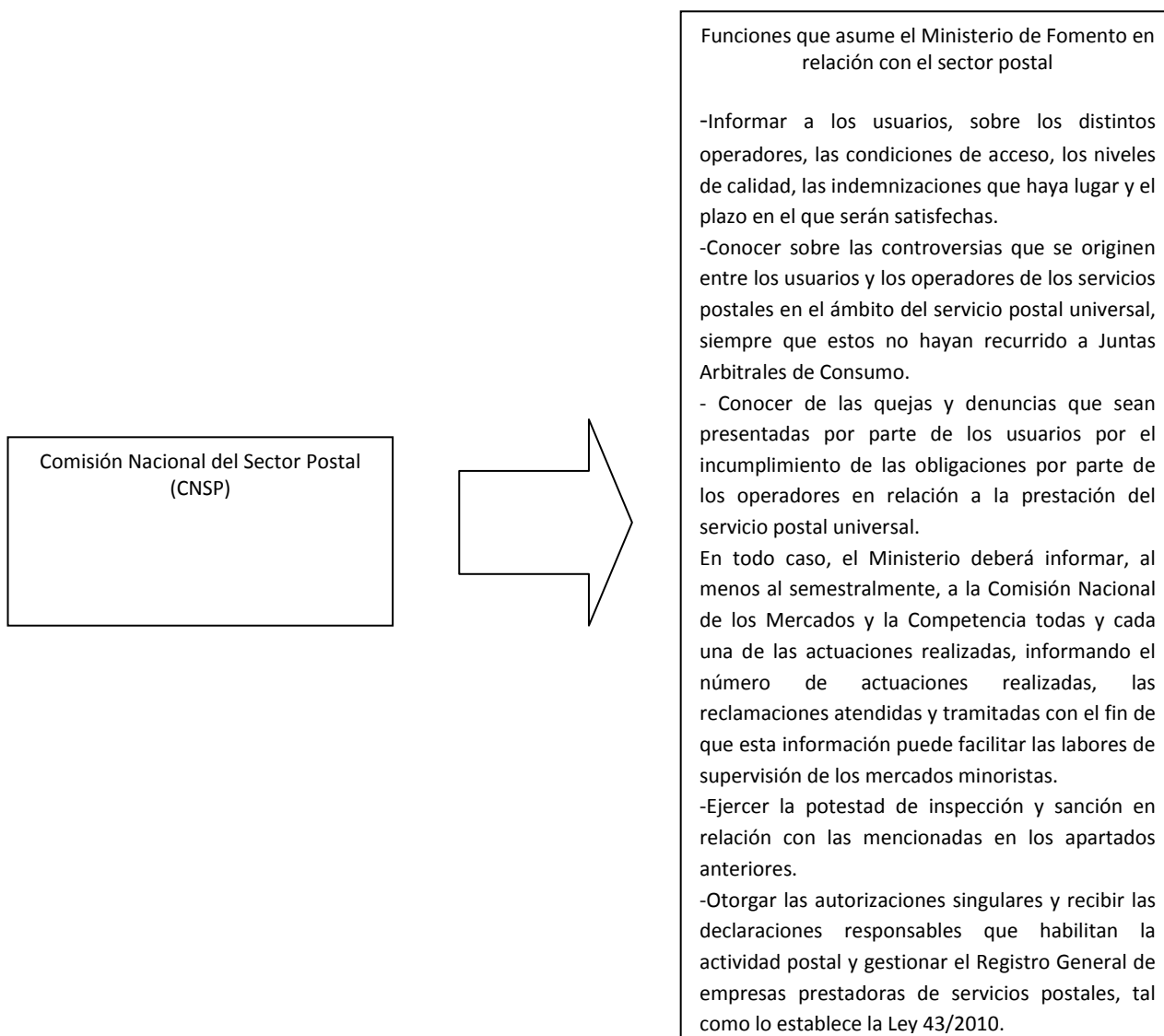
*3. Los procedimientos en curso iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, se tramitarán y resolverán con arreglo a lo establecido en esta disposición.*

Y añade la Disposición adicional décima las funciones que asume la Dirección General de ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en materia de juego.



**Cuadro 70 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Transferencia de Funciones de la Comisión Nacional del Juego a la Dirección General de Ordenación del Juego.**

En relación con el Sector Postal, la Disposición adicional undécima prevé las funciones que asume el Ministerio de Fomento en relación con el sector postal.



**Cuadro 71 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Transferencia de Funciones de la CNSP al Ministerio de Fomento en Relación con el Sector Postal.**

Debemos destacar, que no se establece en la Ley de creación de la CNMC, cuáles son las competencias que son transferidas en materia de Telecomunicaciones a la dependencias Ministeriales.

Tal como habíamos indicado, dicha referencia no se hizo por las observaciones realizadas en su momento tanto al Proyecto de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como al anteproyecto de Ley de Ley General de Telecomunicaciones de diciembre de 2012, por parte de la Comisión Europea.

Es en el texto final remitido a las Cortes y teniendo presente las observaciones presentadas por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones Ref. 648/2013<sup>1594</sup>, donde se presenta la distribución de funciones entre el

---

<sup>1594</sup> CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley general de telecomunicaciones. Consejo de Estado en Pleno. 24 de julio de 2013. Núm.: 648/2013. Quienes fueron muy críticos en la distribución realizada, a pesar de precisar que esta se adecuó a los criterios previstos en el seno de la Unión Europea y que es de plena libertad del legislador realizar un reparto competencial sobre las funciones que inicialmente estaban asignadas a un órgano para ser asumidas por otro órgano, haciendo hincapié que las competencias asignadas a la CNMC corresponde a una visión restringida de regulación y lo que implica la regulación ex ante implica la confluencia de varios elementos y funciones de carácter administrativo indispensables para el monitoreo permanente del mercado. Sobre esta asignación competencial, el Consejo de Estado indicó:

*Artículo 69*

*En la enumeración de funciones que contiene este precepto unas veces se utiliza el verbo y otras el sustantivo, con lo que, en aras de la homogeneidad del texto, convendría decidirse por una u otra forma.*

*Título VI. La administración de las telecomunicaciones*

*En este título, después de ser identificadas en el artículo 68 las autoridades nacionales de reglamentación de telecomunicaciones (Gobierno, órganos superiores y directivos de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Economía y Competitividad, y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), se enumeran en los dos preceptos siguientes las competencias del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (artículo 69) y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (artículo 70) en el concreto ámbito de las telecomunicaciones.*

*Precisamente el deslinde de las competencias entre el departamento del ramo y la autoridad independiente ha concitado las críticas de esta última -y, en menor medida, de la Comisión Nacional de la Competencia- al anteproyecto. No en vano, la mayoría de las observaciones contenidas en el informe evacuado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la norma en tramitación están dirigidas a poner en tela de juicio la nueva distribución competencial entre las autoridades nacionales de reglamentación, en la medida en que consolida el criterio apuntado en el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, y desarrollado en el entonces proyecto de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ya aprobado como Ley 3/2013, de 4 de junio. En opinión de la Comisión del Mercado de las Comunicaciones, el reparto de competencias reflejado en la versión del anteproyecto informada por este organismo podría entrañar "graves riesgos" para el mercado español de las comunicaciones electrónicas y para el mercado interior, fundamentalmente por la contravención del Derecho de la Unión Europea. Desde esta perspectiva, se opone a la transferencia de competencias a favor del departamento ministerial, al tiempo que reclama un mayor protagonismo en ámbitos donde tiene un papel reducido, como la administración del dominio público radioeléctrico.*

*Frente a este planteamiento, la SETSI mantiene que el anteproyecto está encaminado a adecuar la normativa de las telecomunicaciones a la citada Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, siguiendo su "criterio rector", con arreglo al cual corresponden a esta última, además de las competencias en materia de defensa de la competencia, las funciones que de manera expresa las directivas comunitarias sobre comunicaciones electrónicas atribuyen a la autoridad independiente de reglamentación, mientras que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo asume el resto de las labores. Por este motivo, se toma como punto de partida el parámetro delimitador de competencias establecido en el artículo 3.3 bis de la Directiva marco (2002/21/CE), en virtud del cual "las autoridades nacionales de reglamentación encargadas de la regulación ex ante del mercado o de la resolución de litigios entre empresas con arreglo a los artículos 20 y 21 de la presente Directiva actuarán con independencia y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún otro organismo en relación con la ejecución de las tareas que les asigne la legislación nacional por la que se aplique el Derecho comunitario". Con fundamento en esta previsión, la SETSI identifica dos ámbitos en los que el Derecho de la Unión Europea impone la asunción competencial por parte de la autoridad independiente:*

- a) La denominada regulación ex ante, consistente en la definición de los mercados pertinentes dentro del sector de las telecomunicaciones, el análisis de los mismos y, en su caso la imposición de obligaciones específicas a los operadores con poder significativo, para garantizar la competencia en cada uno de los mercados.*
- b) La resolución de todo tipo de conflictos entre operadores de telecomunicaciones.*

Ministerio de Industria, Energía y Turismo y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Tal distribución de funciones administrativas y regulatorias viene a ser desarrollada en el artículo 69 de la Ley, indicando que éstas serán competencias del Ministerio, sin dejar de recordar, además, que se habilita al Ministerio la asunción de competencias en materia de telecomunicaciones que no hayan sido atribuidas de manera expresa la CNMC o a cualquier otro organismos, como competencia residuales.

Las competencias que se transferirán una vez sea aprobada la Ley General de Telecomunicaciones<sup>1595</sup> son:

---

*A pesar de que, de conformidad con el planteamiento inicial de la SETSI, plasmado en la primera versión del anteproyecto (de fecha 3 de diciembre de 2012), el resto de las funciones no directamente vinculadas a las dos mencionadas, debían ser atribuidas al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, "para permitir un funcionamiento más coherente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en sus múltiples funciones regulatorias", se aprecia una evolución respecto dicha primera versión (en paralelo a los cambios sufridos por la Ley 3/2013, de 4 de junio, durante su tramitación parlamentaria).*

<sup>1595</sup> Vale la pena destacar lo precisado por parte de la CMT, respecto a las funciones que se trasfieren a funciones al Ministerio y que es recogido en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones y los inconvenientes que generaría la asunción de competencias por un ente diferente al del organismo regulador. *Ibíd.* Pp. 11 y ss. Sobre el particular se indica

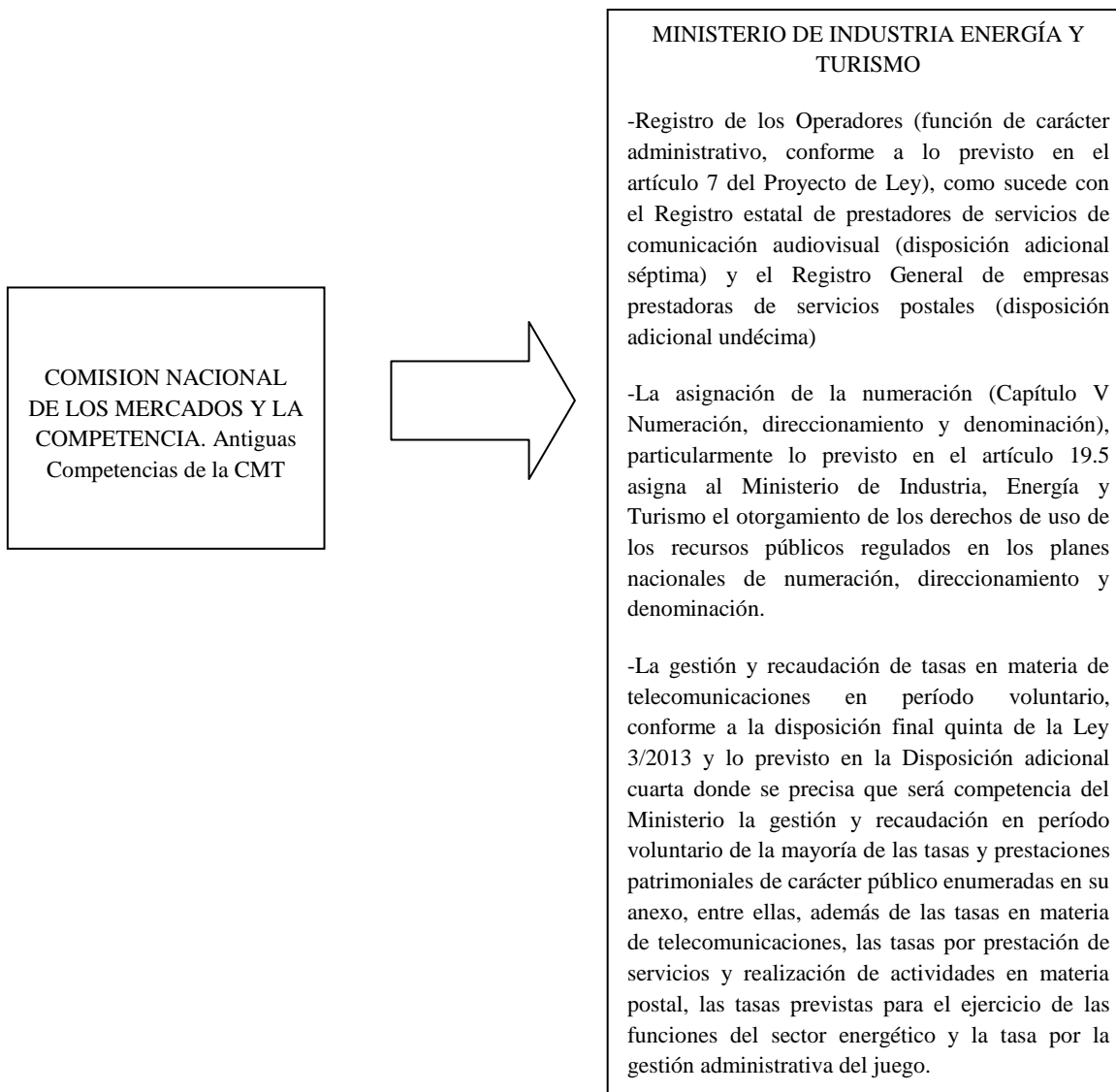
*"24. El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) en su reunión de 21 de marzo de 2013, aprobó un largo informe sobre el anteproyecto de referencia, en cuyos fundamentos de derecho hay un apartado de singular relevancia con "comentarios principales" a la proyectada ley.*

*El primero de dichos comentarios recae sobre la distribución de competencias entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por un lado, y, por otro, la CMT, o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, "cuestión controvertida que no está solucionada a día de hoy" y cuya configuración definitiva depende de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de la propia CNMC. En todo caso, la CMT estima que procede poner de relieve los graves riesgos que la aprobación del Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones entrañaría para el mercado español de las comunicaciones electrónicas.*

*En este sentido, el informe señala que "el desapoderamiento de funciones del regulador independiente y la interferencia en el desarrollo de sus tareas propuestos en el anteproyecto contravienen el tenor literal y el espíritu de las previsiones específicas de las directivas, al privar a la CMT o CNMC sustancialmente de la facultad de ejercer sus competencias de regulación ex ante..."*

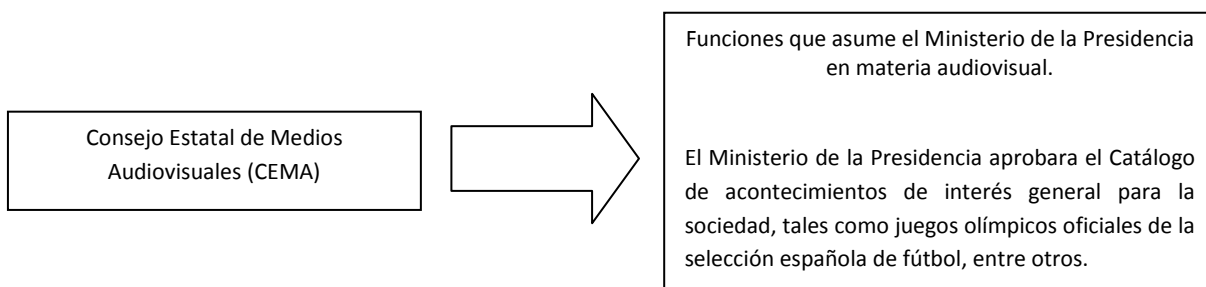
*En particular, la transferencia al Ministerio de Industria, Energía y Turismo de, entre otras funciones, las relativas a la seguridad e integridad de redes, los requisitos de calidad, el Registro de Operadores, la gestión de la portabilidad, y la declaración de operadores principales, y la desaparición de ciertas competencias del regulador independiente, "coartan la actuación de la CMT o CNMC, privándole de instrumentos necesarios y flexibles para una regulación adecuada y eficaz...". Por lo demás, la CMT argumenta que este "debilitamiento del regulador independiente ocasionaría perjuicios irreparables al desarrollo del mercado" de la telecomunicaciones, que en los diez años de vigencia de la actual LGT ha mejorado sensiblemente, debiendo valorarse el papel que en ello ha tenido la CMT."*





**Cuadro 72 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Transferencia de Funciones de la CMT al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.**

**Disposición adicional duodécima.** Funciones que asume el Ministerio de la Presidencia en materia audiovisual<sup>1596</sup>.



**Cuadro 73 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Transferencia de Funciones de la CEMA al Ministerio de la Presidencia en Materia Audiovisual.**

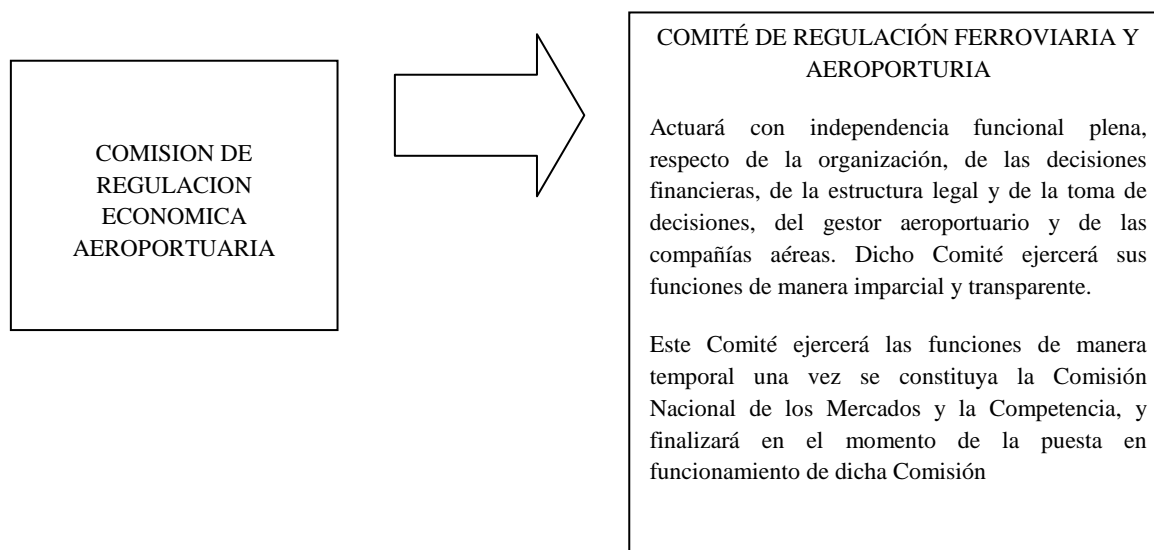
Otro mercado añadido es el aeroportuario. Se determina en la Disposición adicional decimosexta, bajo la rúbrica: “Ejercicio temporal de las funciones de supervisión en materia de tarifas aeroportuarias”.

Las funciones que asume el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria, que habían sido asignadas por el Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regulan en su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena<sup>1597</sup>, específicamente las funciones asignadas.

<sup>1596</sup> Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. Artículo 20. La potestad para excluir la emisión codificada de acontecimientos de interés general para la sociedad.

<sup>1597</sup> REAL DECRETO-LEY 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena. (BOE. Núm. 208 de 30/08/2011).

Dicha Comisión en el artículo 10, letras a y b<sup>1598</sup> y en el artículo 11 a 13<sup>1599</sup> y lo previsto en la Ley 21/2003 sobre Seguridad Aérea<sup>1600</sup>.



**Cuadro 74 - Disposiciones Adicionales de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – Creación Propia: Transferencia de Funciones de la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria al Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.**

Es importante anotar que la Disposición adicional quinta de la Ley 3/2013, denominada “Atribución de competencias a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, establece que todas la competencias que inicialmente estaban atribuidas a los organismos sectoriales que desaparecen y que en virtud de la Ley de creación de la Comisión Nacional de

<sup>1598</sup> CAPÍTULO II

Funciones

Artículo 10. Funciones.

Son funciones de la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria:

a) La función de supervisión del cumplimiento del procedimiento de transparencia y consulta llevado a cabo por «Aena Aeropuertos, S.A.», y las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, conforme a lo dispuesto en los artículos 98 y 102 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

b) La función de supervisión de las tarifas aeroportuarias de «Aena Aeropuertos, S.A.», de sus sociedades filiales y de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios, conforme a lo previsto en los artículos 101 y 103 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, y en este real decreto-ley estableciendo, en su caso, el importe o los criterios que habrá de seguir el gestor aeroportuario para que las modificaciones o actualizaciones tarifarias se ajusten al contenido de los citados artículos y de este real decreto-ley.

<sup>1599</sup> Artículo 11. Función de supervisión del procedimiento de transparencia y consulta. Artículo 12. Función de supervisión de las propuestas sobre tarifas aeroportuarias de «Aena Aeropuertos, S.A.», y sus sociedades filiales. Artículo 13. Función de supervisión de las decisiones sobre tarifas aeroportuarias de las sociedades concesionarias de servicios aeroportuarios.

<sup>1600</sup> LEY 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. (BOE Núm. 162 08/07/2003).

los Mercados y la Competencia no son atribuidas a los departamentos ministeriales, serán ejercidas por parte de esta Comisión en virtud de la competencia residual.

El Estatuto Orgánico, precisa los aspectos correspondientes a la Delegación de competencias y los que corresponden al desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La Disposición transitoria cuarta, “Delegación de Competencias”, indica que las delegaciones de competencias realizadas con anterioridad a la puesta en marcha de la CNMC mantendrán su vigencia en tanto no sean expresamente revocadas. Las delegaciones que se hubieran realizado a las Comisiones que se fusionan serán asumidas por las dependencias a las que se les hayan sido asignadas dichas competencias.

Sobre el particular, la CNE en su informe sobre el borrador del Estatuto<sup>1601</sup>, indicó que la redacción no es muy aceptable, ya que la Ley de creación de la nueva Comisión, no precisó en su articulado la subsistencia de las funciones o de la delegación de competencias asignadas a los diversos organismos fusionados. Otro aspecto a destacar es que no se indica en qué supuestos ni qué órganos de la Comisión asumirán las competencias que han sido delegadas, lo que a juicio de la CNE *implica llevar a negar la concurrencia de las necesarias circunstancias de idoneidad o similitud para el mantenimiento de las delegaciones de competencias conferidas*<sup>1602</sup>. Sin dejar de lado los inconvenientes derivados de mantener vigentes las delegaciones realizadas a los órganos reguladores que se extinguen, lo que puede conducir a contradicciones sobre las materias asignadas a las Comisiones y las que son encomendadas por parte de la Ley a la CNMC.

La Disposición transitoria sexta del Estatuto Orgánico, prevé el Desempeño transitorio por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, conforme a la Disposición transitoria cuarta de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia prevista en la Ley<sup>1603</sup>, la cual puede generar inconvenientes en un futuro cuando de manera definitiva se efectúe el traspaso de las de las funciones a las diferentes dependencias ministeriales.

Algunas Leyes y Decretos-Leyes<sup>1604</sup>, indican también, reiterativamente, que las funciones asignadas a los Ministerios serán asumidas de manera temporal por parte de la CNMC, una vez las dependencias cuenten con el personal y los recursos necesarios para asumir dichas

---

<sup>1601</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013...Op. cit. 25

<sup>1602</sup> Ibid. Pp. 25.

<sup>1603</sup> Disposición transitoria cuarta. Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En relación con las funciones que, conforme a lo establecido en esta Ley, deban traspasarse a los ministerios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, una vez haya entrado en funcionamiento, las desempeñará hasta el momento en el que los departamentos ministeriales dispongan de los medios necesarios para ejercerlas de forma efectiva.

<sup>1604</sup> Se destaca el REAL DECRETO-LEY 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE Núm. 167 de 13/07/2013), que fue sancionado dentro del mes siguiente a la sanción de la Ley 3/2013 por la cual se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

funciones, lo que puede derivar en un futuro inseguridad jurídica para los operadores y el mercado en general. Lo cual será uno de los retos que deberá asumir tanto la Comisión y los Ministerios, con el fin de poder morigerar los efectos de este traspaso de competencias. Dejando de lado estos inconvenientes, la Disposición adicional en sus cuatro apartados desarrolla cómo será el ejercicio de dichas funciones por parte de la CNMC y los mecanismos de coordinación entre la Comisión y los Ministerios.

El primer apartado alude a que la Comisión podrá desempeñar las funciones que han sido asignadas en virtud de la Ley 3/2013 a los Departamentos Ministeriales, hasta que estos cuenten con los medios tanto económicos, materiales y humanos para el desempeño efectivo de las competencias.

Se establece que para el traspaso efectivo de tales funciones y con el fin de no menoscabar las anteriormente en comendadas, se establecerán mecanismos de coordinación entre la Comisión y los Ministerios con el fin de realizar el traspaso de dichas funciones al personal y a la dependencia correspondientes.

El apartado tercero y cuarto de la Disposición adicional sexta del Estatuto, señalan bajo qué forma las Dependencias Ministeriales asumirán las competencias y la relación con las direcciones competentes. Se indica que será a través de una Orden del Ministerio de la Presidencia, a propuesta del Ministerio que asume las funciones y de los Ministerios tanto de Economía y de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando será la fecha en que dicha dependencia asumirá las funciones previstas en la Ley y en las demás leyes que tienen injerencia con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y con los Departamentos Ministeriales.

El apartado 4 con una redacción un poco afortunada señala, que hasta esa fecha y bajo dependencia de la Dirección competente por razón de la materia, los órganos, las unidades y puestos de trabajo con nivel de subdirección general o similar, y las de nivel inferior que vinieren desempeñando las funciones en cuestión, continuaran en su ejercicio.

El marco competencial en materia de telecomunicaciones viene a ser completado por la Disposición adicional decimoquinta “Asignación de medios a la Administración General del Estado e integración de personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia” y por la Disposición transitoria décima “Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

En dicha Disposición adicional decimoquinta “Asignación de medios a la Administración General del Estado e integración de personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, se impone la obligación al Gobierno de aprobar las modificaciones necesarias en el Real Decreto de la estructura básica el Ministerio de Industria, Energía y Turismo para garantizar el ejercicio de las funciones que, siendo competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, hasta el momento de la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones se le atribuye al Ministerio de Industria, Energía y la Competencia.

Se establece que la entrada en vigor de las modificaciones previstas en el Real Decreto en la que se define la estructura orgánica básica del Ministerio, Energía y Turismo no se producirá hasta que el presupuesto de este Ministerio no se adecue a la nueva distribución competencial y se haya llevado a cabo la asunción tanto de los medios materiales, del personal procedente de la CNMC que sea necesario para el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, para el desempeño de las funciones asignadas por la Ley General de Telecomunicaciones y de todos los sistemas y aplicaciones informáticas.

En cuanto al personal procedente de la CNMC que ejerce de las funciones asignadas al Ministerio, se integrará en la Administración General del Estado en los términos indicados en la disposición adicional sexta de la Ley de creación de la CNMC.

La fecha para el ejercicio efectivo de las nuevas competencias por parte del Ministerio de Industria, Energía y Turismo se determinará mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, precisándose que todas las actuaciones a las que se refiere la Ley deberán haberse realizado en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones.

Esta Disposición adicional debe leerse de manera conjunta con la Disposición transitoria décima. “Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, en la que se indica que las atribuciones que eran competencia CNMC de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, se asignan al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, pero serán desempeñadas por la CNMC hasta la fecha que se conforme a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta.

## **7.2. POTESTADES DE LA CNMC**

El gran conjunto de funciones que le han sido encomendadas a la Comisión, exige a su vez que la CNMC cuente con amplias potestades para el cabal cumplimiento de las mismas. No solamente ostenta la facultad de adoptar actos administrativos según sus distintas atribuciones<sup>1605</sup> potestad en común con las inicialmente atribuidas a los Organismos Reguladores y CNC, como Autoridad Pública. Cuenta asimismo con las potestades de inspección y sanción, esta última con los matices propios de esta potestad según el ámbito competencial de quien la ejerza, bien como parte Autoridad de Competencia o como parte de un Organismo Regulador. Asimismo, la CNMC contará con la potestad “arbitral” y con las que se suman a este elenco tradicional, esto es, las potestades normativas y cuasijurisdiccionales (resolución de conflictos) típicas de las Comisiones Reguladoras.

La diferencia fundamental entre el ejercicio de dichas potestades por parte de una Autoridad de Reguladora y las habituales en las Administraciones Públicas comunes, se enmarca dentro de un procedimiento específico propio de la actividad de reguladora, que cuenta con un gran

---

<sup>1605</sup> SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Civitas. Madrid. 2001.

margen de discrecionalidad, por la particularidad de los asuntos, y por el desarrollo vertiginoso de los mercados. Todo ello implica que estas Autoridades cuenten con un amplio de maniobra dentro del marco legal, para imposición de las medidas o la resolución de los conflictos.

La particularidad de la Ley, es que no tiene en cuenta dichos aspectos y agrupa en un sólo tipo de procedimiento -que es el sancionador típico de la Autoridad de Competencia -todas las actuaciones de la CNMC tanto en materia de Competencia, como en materia regulatoria.

Dentro de la estructura que se nos propone en la Ley, el Capítulo IV de la Ley, está dedicado al Régimen de Actuación y Potestades.

Tal como examina MONTERO PASCUAL<sup>1606</sup>, el elenco de funciones de la CNMC es bastante amplio ya que recoge las atribuciones tradicionales otorgadas a la Comisiones de regulación, principalmente las potestades normativas y cuasi-jurisdiccionales y la potestad sancionadora propia del Derecho de la Competencia, como ya hemos estudiado. El inconveniente que presenta es que bajo el modelo que incorpora la Ley, no se hace de manera sistemática y coherente, en el sentido de que están dispersas en la Ley.

Asimismo, un aspecto a destacar, es que la Ley no hace referencia expresamente a la potestad que tiene la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de imponer medidas cautelares. Los Organismos que se fusionan contaban con dicha facultad, incluida expresamente en sus leyes de Creación; pero se puede inferir que la tiene, ya que se alude a ella en la emisión de informes de carácter preceptivo por parte de las Salas que conforman el Pleno de la Comisión. Al leer en conjunto la Ley se puede inferir que, indirectamente, varios de los artículos de la Ley 3/2013 aluden a la posibilidad que tiene la CNMC de imponer medidas cautelares además de que así se establece en la normativa vigente para cada una de las Salas, además de la disposición genérica de la Ley 30/1992, donde se habilita la adopción de medidas cautelares en el marco de los procedimientos administrativos<sup>1607</sup>.

Otro aspecto que se destaca es la ausencia de alguna de disposición de la Ley en la que se habilite a la CNMC a imponer multas coercitivas, como mecanismo de constreñimiento económico frente al posible incumplimiento de las obligaciones impuestas por la misma, siendo

---

<sup>1606</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op. cit. Pp. 183 y ss.

<sup>1607</sup> *Ibíd.* Pp. 215. “Las normas que siguen ordenando la actuación de la CNMC en los diversos procedimientos contienen igualmente referencias a las medidas cautelares, Así, a título de ejemplo, el artículo 54 de la LDC contempla especificaciones la adopción de medidas cautelares en el ámbito de expedientes sancionadores de conductas prohibidas y el artículo 43 de la LSPU contempla la adopción de medidas cautelares en los procedimientos sancionadores en materia postal. Finalmente, el artículo 72 de la Ley 30/1992 contempla de forma genérica la adopción de medidas cautelares en el marco de procedimientos administrativos. No obstante, el artículo 72 de la Ley 30/1992 exige norma de rango legal para habilitar a un órgano administrativo a adoptar medidas cautelares antes de la incoación del procedimiento. Dado que esta habilitación no está contenida en la LCCNMC, estas medidas sólo serán posibles en el cada de que así lo contemplen otras normas de forma específica para procedimientos concretos.”

un mecanismo para garantizar la efectividad de los actos administrativos dictados por parte de esta Administración.

#### 7.2.1. Potestad General Administrativa

Se debe partir de premisa que tanto la CNC y los Organismos Reguladores, al ser Administraciones Públicas, están habilitados para dictar resoluciones en el ejercicio del poder público, que les ha sido otorgado para un caso concreto.<sup>1608</sup>

En el ámbito de la CNMC, ésta podrá dictar dichos actos, ya sea en el ámbito de la Competencia, a los que se les ha denominado como actos sancionadores que son el resultado del procedimiento administrativo sancionador y los actos que se expidan en materia regulatoria, a los que se le denomina como actos reguladores, producto la actividad Reguladora, que es realizada de manera continuada en los mercados con el fin de verificar el comportamiento de éstos y determinar si debe mediar la imposición de obligaciones específicas para los operadores para la preservación de la competencia.

Bajo este orden de ideas, la CNMC, esta habilitada para dictar actos administrativos de naturaleza sancionadora, en primer lugar circunscribiendo esta competencia en un primer momento a las resolución de los expedientes en materia de conductas prohibidas, conforme al procedimiento administrativo y el cumplimiento de las garantías previstas para la imposición de las sanciones que hayan lugar por la transgresión a la normativa de Competencia. La propuesta de acto sancionador será realizada por parte de la Dirección de Competencia y la decisión final se adoptada por parte del Consejo. El ejercicio de esta potestad no se modifica tras la fusión.

Ahora bien, existen actos de naturaleza sancionadora en el ámbito de la regulación sectorial, por las infracciones que pueden llegarse a cometer por parte de los operadores, así como las sanciones que pueden imponerse por el incumplimiento de las resoluciones que han sido dictadas por parte de los reguladores, en las que se imponen obligaciones de hacer, no hacer o deberes de abstención.

Y una tercera categoría de actos, que corresponde a los típicos actos de naturaleza regulatoria, que se dictan con el fin de determinar la estructura del mercado y en que se definen aspectos fundamentales, tales como son, el acceso a las redes o la imposición de obligaciones de servicio público. La particularidad de este tipo de actos, es que son respuesta a los objetivos y finalidades propias de la regulación en cada sector. De ahí que para su expedición, la Autoridad cuente con un amplio margen de discrecionalidad para adoptar dichas medidas, que deben ser proporcionales y acordes con la estructura del mercado y los intereses en juego que deben ser protegidos.

Ello explica el procedimiento para su expedición, desde el acto administrativo sancionador, donde la intermediación de los agentes, se ve limitada, a diferencia de lo que sucede en el

---

<sup>1608</sup> SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. *La Comisión...* Op. cit. Pp. 91 y ss.



procedimiento administrativo en materia regulatoria, donde se debe ponderar el interés general, que justifica la expedición de dicho acto, con la proporcionalidad y efectos de la medida, lo que implica un “*diálogo regulatorio*”<sup>1609</sup>, como lo ha denominado DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ. A su vez este “diálogo” dista de la reglamentación, que consiste en una actividad normativa, mientras que la regulación involucra múltiples escenarios que hacen necesario ese diálogo con todos los agentes y participantes en el mercado, como un mecanismo que garantiza la participación tanto de los mismos agentes como de los usuarios, lo cual redundará en la legitimidad de la medida y en la debida motivación de la misma, por la información que el mismo mercado le suministra<sup>1610</sup>, lo cual reduce considerablemente la discrecionalidad del regulador

Ahora bien, dentro del sistema que recoge la Ley de la CNMC, no se hace referencia a este tipo de procedimiento, sino al procedimiento general de sancionador, como se desprende de la denominación de las diferentes Direcciones que conforman la Comisión. Lo que implica que las decisiones se adoptaran conforme a dos etapas, la instrucción a cargo de dichas Direcciones y la fase de resolución por parte de las Salas del Consejo.

La existencia de un verdadero procedimiento regulador, puede llegar a mitigar los efectos adversos de las comunicaciones informales y de la captura del regulador, que es uno de los problemas que quiere ser eclipsado a través de la existencia de un sólo autoridad.

El remedio adoptado y la falta de conocimiento sobre la labor propia del regulador, puede derivar en mayores inconvenientes. De ahí que sea necesario y prioritario la creación de un procedimiento uniforme para los asuntos regulatorios de la Comisión, estableciendo los mecanismos de transparencia, oportunidad, lo cual reportará mayores beneficios en la disminución de la discrecionalidad por parte del regulador.

Es necesario volver a traer a colación el proceso adelantado por la ACM de Holanda, donde se optó continuar el procedimiento particular de cada una de las Autoridades que se fusionan, a la espera de que el Parlamento expida un nuevo tipo de procedimiento aplicable por parte por parte de la nueva en función de los asuntos que son de su conocimiento con los matices propios si corresponden asuntos de consumo, de competencia o de regulación.

#### 7.2.2. Potestad Normativa

---

<sup>1609</sup> DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL. “El “*diálogo regulatorio*” como base para la confianza en la regulación”. En VVAA: *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*. Año nº 9, Nº 27, 2006, págs. 11-38.

<sup>1610</sup> Ibid. Pp. 17 y ss. El diálogo que se gesta en el procedimiento regulatorio deben caracterizarse por:

- a) Un intercambio de ideas previas a la toma de una decisión final.
- b) No solamente corresponde a determinar la legalidad de la futura medida desde la perspectiva exclusivamente jurídica, sino que desde los diferentes puntos de vista se determine o no la conveniencia de la medida y el alcance de la misma, atendiendo a su conveniencia o no.
- c) Y si bien se puede estar circunscrito inicialmente a los proyectos normativos, esto no impide que se pueda utilizarse para otro tipo de medidas que se quieran implantar en el futuro.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, podrá dictar las disposiciones de desarrollo y ejecución de las Leyes, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión, cuando le habiliten expresamente para ello. Estas disposiciones adoptarán la forma de Circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1611</sup>.

Su particularidad, es que a través de esta potestad la CNMC, establece obligaciones que previamente el legislador había consagrado, pero conforme a la dinámica propia de los mercados. Las medidas se concretan de acuerdo a estas particularidades de cada sector, por lo que se promulgan Circulares generales para los agentes intervinientes en cada sector cuya finalidad es que éstos adecuen su comportamiento conforme a los parámetros establecidos en ellas, así como la imposición de obligaciones. Tienen un cierto grado de permanencia, y limitando en muchos casos el margen de actuación de los intervinientes en aras de garantizar las condiciones óptimas del mercado. Se puede llegar a afirmar que las Circulares que se emitan, son normas de obligatorio cumplimiento por parte de los intervinientes en los mercados y por consiguiente tienen un alcance mayor a un acto administrativo.

Dicha potestad, debe atender a los criterios previstos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006, donde se establecen las limitaciones a esta potestad, como son: la limitación objetiva (donde la actividad de la Comisión queda limitada por las normas legales y reglamentarias que le otorgan competencias); limitación subjetiva (donde su potestad queda restringida solamente a los regulados y no a la ciudadanía en general); limitación temporal, conforme a la evolución de los mercados las “normas” que son promulgadas pueden ser revisadas o establecer un marco temporal de su vigencia, como sucede en la determinación de los mercados y las obligaciones impuestas a los operadores; las limitaciones formales ya que para su elaboración requieren del concurso de los agentes implicados y de un rígido procedimiento para su elaboración, aspectos a los que habíamos hecho referencia cuando analizamos esta potestad atribuida a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

Las Circulares tendrán carácter vinculante para los sujetos afectados por su ámbito de aplicación, una vez publicadas en el «Boletín Oficial del Estado».

En el procedimiento de elaboración de las Circulares se dará audiencia a los titulares de derechos e intereses legítimos que resulten afectados por las mismas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la circular, y se fomentará en general la participación de los ciudadanos.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, podrá efectuar requerimientos de información periódica dirigida a la

---

<sup>1611</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op. cit. Pp. 191 y ss. y las limitaciones formales ya que para su elaboración requieren del concurso de los agentes implicados y de un rígido procedimiento para su elaboración.

generalidad de los sujetos afectados. Estos requerimientos adoptarán la forma de circulares informativas<sup>1612</sup>.

Las circulares informativas habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido y respetarán la garantía de confidencialidad de la información aportada, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley.

En ellas, se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que se hará de la misma.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, podrá dictar Comunicaciones que aclaren los principios que guían su actuación. Es otro instrumento más de derecho indicativo o suave, sujeto a los principios generales del derecho (publicidad, transparencia, proporcionalidad, estoppel y non venire contra factum proprium...)<sup>1613</sup> y suponen un principio de interpretación auténtica a los efectos del artículo tercero del Código Civil.

La importancia que tienen es que son los verdaderos instrumentos de intervención que tiene el Regulador para intervenir en cada uno de los mercados regulados, sean estos los de energía, telecomunicaciones, sector ferroviario etc., cuyo contenido es concreto, dirigido a un sector y sujetos específico y en la que se delimitan las obligaciones previstas para los operadores en las Directivas Europeas y en la misma Ley. Es lógico que su adopción sea realizada por parte del Consejo de la CNMNC, siendo una competencia indelegable.<sup>1614</sup> En cuando a las medidas en caso de incumplimiento de cada Circular, deberá ser precisada conforme a cada legislación sectorial que determinará si es constitutiva de infracción grave o muy grave y las correspondientes consecuencias y la responsabilidad derivada por tal infracción.

---

<sup>1612</sup> Ibíd. Pp. 196. Quien precisa que no se deben confundir las circulares propiamente dichas con las circulares informativas las cuales vienen a definir algunos aspectos o aclarar principios que tienen más un carácter informativo, pero no precisan obligaciones “*Por otra parte, no hay que confundir las circulares con las circulares informativas y las comunicaciones, ordenadas en la misma disposición de la LCCNMC (art. 30). Las circulares de información son requerimientos de información periódicos y dirigidos a una generalidad de sujetos. Las comunicaciones, por su parte, no definen obligaciones, sino que se limitan a aclarar los principios que guían la actuación de la CNMC. No conviene, sin embargo, minusvalorar la relevancia de estos documentos de soft law*”. Vid sobre el Derecho Indicativo, MEDINA ORTEGA, MANUEL. “Reglas Indicativas... Op.cit. Pp. 433 y ss.. En relación con las Circulares la literatura administrativa es inmensa, pudiéndose remitir a cualquier Tratado especializado.

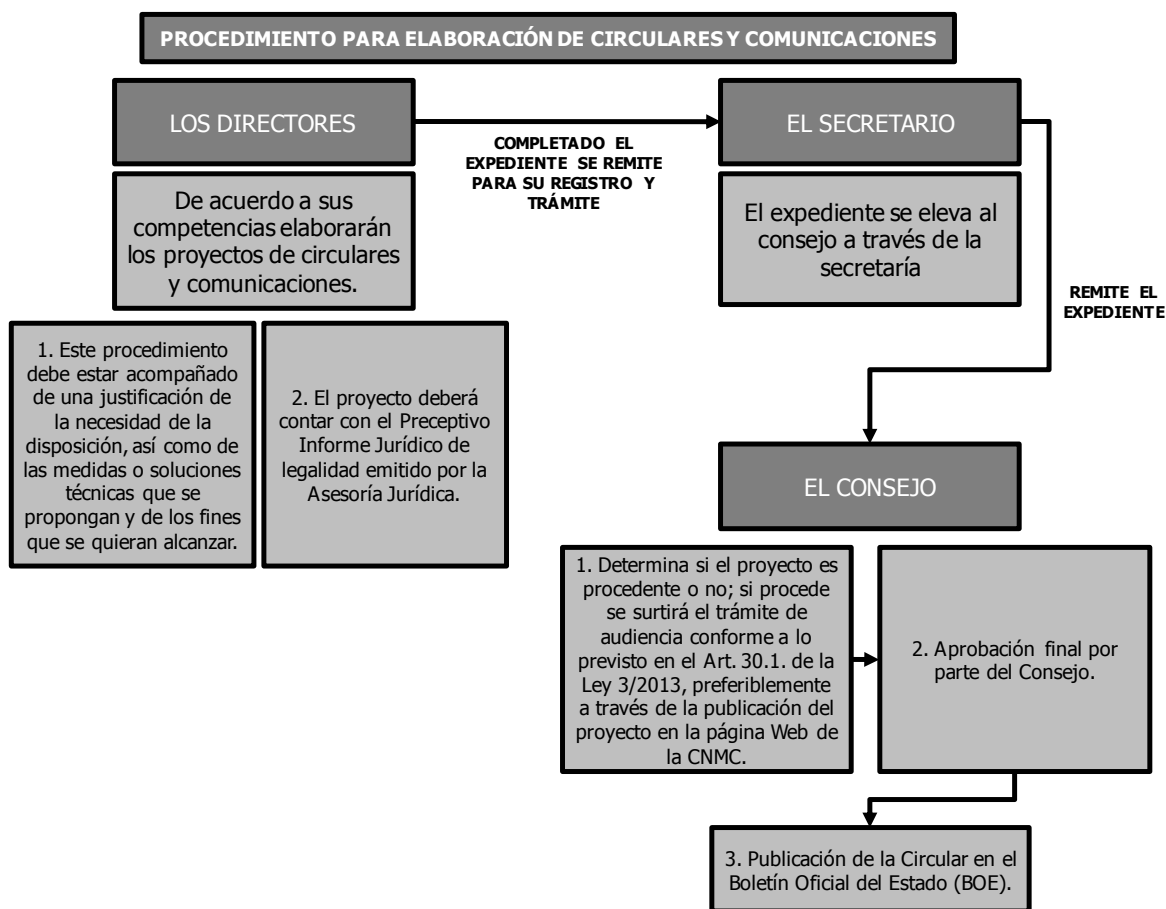
<sup>1613</sup> SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. “*Non venire contra factum proprium (un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del derecho)*”. En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Director Juan Alfonso Santamaría Pastor. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010. Pp. 429-550.

<sup>1614</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...* Op. cit. 194 y ss. En cuanto al procedimiento el autor viene a precisar “*Entendemos que la naturaleza reguladora de estos procedimientos recomienda abrir al máximo el proceso a los interesados, permitiendo en todo caso su participación directa. Es más resultaría beneficiosa la técnica de la información pública, a la que la LCCNMC no hace referencia pero que sí que estaba expresamente prevista en relación con la aprobación de circulares por los anteriores reguladores independientes (la CMT, por ejemplo). Nada impide que la CNMC generalice el trámite de la información pública en la adopción de circulares, como una forma de dotar al procedimiento normativo de la mayor transparencia*”.

Se debe tener presente que hay otro tipo de documentos que si bien no tienen la naturaleza propia de Circulares, pero que se realizan también en función de la potestad normativa, como lo son las Resoluciones que se expiden en materia de la definición de Operadores con Posición de Dominio, que cumple con los requisitos formales de una Circular, como es su inserción en el Boletín Oficial del Estado, establecen un régimen jurídico concreto para un agente o agentes en particular, previo análisis de las condiciones propia del mercado y de las medidas a imponer una vez se verifique la condición de Operador Dominante. Estas obligaciones tendrán un margen de vigencia y serán revisadas de acuerdo con los parámetros establecidos en las Directivas Comunitarias, en las Leyes y en las Resoluciones de la Comisión. La expedición de éstas corresponde al Consejo, el cual deberá, conforme a lo previsto en la Legislación Comunitaria como Nacional, efectuar un examen de los mercados, la evolución de los mismos, determinar su grado de competencia, y posteriormente determinar el operador con una posición significativa en el mercado y las medidas a imponer.

El ejercicio de la potestad normativa de la CNMC se ejerce a través de un procedimiento, el cual viene a ser determinado en el Reglamento Interno de Funcionamiento, tal como se especifica en el Capítulo IV “Sobre Procedimientos para la tramitación de Asuntos”

En este caso particular el artículo 30 “ Procedimiento para la elaboración de circulares y comunicaciones”, del Reglamento de Funcionamiento Interno, el cual se precisa en el siguiente cuadro.



**Cuadro 75 - Fuente Reglamento Interno de la CNMC – Creación Propia: Procedimiento para Elaboración de Circulares y Comunicaciones.**

Se debe tener presente que la CNMC contará con un Registro General de la Comisión, tal como se indica en el artículo 31 del Reglamento Interno de Funcionamiento, en que se indica que dentro de la Comisión se realizarán el correspondiente asiento de todos los escritos o comunicaciones oficiales dirigidos o emitidos por el organismo.

La CNMC contará con un registro electrónico para la recepción, remisión y anotación de la entrada y salida de aquellos documentos electrónicos que le sean remitidos. Debe potenciarse al máximo, con inclusión de toda clase de actos del administrado, incluido recursos, peticiones del más amplio tipo, etc.

### 7.2.3. Función Arbitral

El artículo 5 literal b<sup>1615</sup> establece que la Comisión tiene la competencia para desempeñar las funciones de arbitraje, competencia reconocida a las Comisiones que se fusionan, de allí los múltiples estudios que han sido publicados sobre esta facultad<sup>1616</sup>, si bien no es una potestad de carácter procesal, sino que es una función que es ejercida por un órgano administrativo<sup>1617</sup> ocurre que, paradójicamente, los laudos que se establezcan por parte de la CNMC no se encuentran sometidos al Derecho administrativo y al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>1618</sup>, sino conforme a las reglas propias sobre esta materia en la Ley de Arbitraje. Pero es un tema a desarrollar, ya que no hay que confundir el Arbitraje propiamente dicho, con las resoluciones de conflictos entre operadores, que sí responden a la técnica administrativa general.

Es en el capítulo V del Estatuto Orgánico denominado Función arbitral donde se especifica en su artículo 46 la atribución plena de esta competencia a la Comisión, cómo se llevará el procedimiento y cuáles serán las competencias del Consejo y de sus Salas en ciertos aspectos.

El apartado primero precisa que esta función podrá ser desempeñada por esta Comisión; el arbitraje podrá ser en derecho o en equidad, según le encomienden las Leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, como se indica en el artículo 5 literal b. Pero no tendrá efecto de “cosa juzgada” ni será por tanto un “equivalente jurisdiccional”, siendo revisable en su totalidad por la Jurisdicción, si lo realiza la propia CNMC. Otra cosa será que simplemente sea esta Comisión un “punto de conexión” para remitir al Arbitraje de terceros, ya sí de conformidad con la Ley de Arbitraje, en cuyo caso, estos terceros designados administrativamente, sí cumplen su función como Árbitros.

En cuanto al procedimiento a seguir, este se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para

---

<sup>1615</sup> Artículo 5. Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos.

...

b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad

<sup>1616</sup> MARTÍ DEL MORAL, ANTONIO. *La Comisión del Mercado...* Op. cit. 113. En igual sentido, SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. *La Comisión Nacional...* Op. cit. Pp. 29 yss.

<sup>1617</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional...* Op. cit. Pp. 198 y ss.

<sup>1618</sup> MARTI DEL MORAL, ANTONIO. *La Comisión del Mercado.* Op. cit. Pp. 114.

el Derecho Mercantil o las que determiné sobre el particular el Consejo de la Comisión.<sup>1619</sup>. Requerira que medie solicitud de parte, para que la CNMC pueda ejercer dicha facultad.

Será competencia del Consejo la administración del arbitraje, asimismo se precisa que cada una de las Salas, atendiendo al objeto de la reclamación, podrá designa designar de los árbitros y determinar los honorarios de los árbitros.

Se debe tener presente que esta función es una función de carácter público ya que corresponde a una función que es desempeñada por un órgano administrativo, si bien el fondo corresponde a la típicas función clásica procesal, vinculada tradicionalmente al derecho privado; tal como lo precisa MONTERO PASCUAL<sup>1620</sup>, *que el ejercicio de esta potestad por parte de un órgano administrativo no modifica la función privada la función arbitral*. El laudo que se profiera, tendrá los mismos efectos que una sentencia en firme y se excluye la posibilidad de ser recurrido por vía contenciosa administrativa en el caso de Árbitros designados.

La Ley simplemente se limito a reproducir literamente la potestad como se encontraba consagrada en la Ley de Competencia, y de la potestad de los órganos preexistentes. Su desarrollo fue nulo, de allí que no exista una experiencia previa que nos permita determinar la efectividad de dicha potestad.

#### 7.2.4. Resolución de Conflictos

Dentro del ámbito de funciones asignadas que corresponden en su mayoría a la supervisión y control, una de las modificaciones incorporadas al Proyecto y que finalmente se incluyó en el texto de la Ley, es un artículo exclusivo correspondiente a la Resolución de Conflictos que se susciten entre los operadores económicos de los correspondientes mercados.

Ésta es una potestad propia de los Organismos Reguladores cuya finalidad, como su nombre indica, es resolver los asuntos que se susciten entre los agentes del mercados, siendo considerada una potestad cuasijurisdiccional, (y distinta del Arbitraje antes examinado) porque es la Autoridad, diferente a los jueces, la que efectivamente resuelve los conflictos y crea reglas conforme al marco legal para dar solución a las controversias que se originan en un mercado concreto. De ahí su importancia caracterizada por una amplia discrecionalidad con la que

---

<sup>1619</sup> EIDENMÜLLE, HORTS. *“Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution”*. Eidenmüller (ed). Hart Publishing. 2013; Institutionall Arbitratio. Schütze. (ed).Hart Publishing.2012. International Commercial Arbitration. Conrad/ Münch/ Black – Branch. (eds) 2013. FERNANDEZ ROZAS, JOSE CARLOS; ARENAS GARCÍA, RAFAEL y de MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. *“Derecho de los negocios internacionales”*. Capítulo 9. Cuarta Edición. Madrid. 2013. En realidad, el concepto típico de arbitraje no coincide con esta función, que es genuina y peculiar, aspecto que ahora no podemos desarrollar.

<sup>1620</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...Op.* cit. Pp. 198 y ss.

cuentan los Organismos Reguladores para la resolución del caso, a diferencia de los que sucede en los procedimientos que se establecen ante la Autoridad de Competencia<sup>1621</sup>.

La particularidad de la misma viene dada porque el ejercicio de dicha potestad por parte de la CNMC parte de la solicitud de una de las partes afectadas para que la CNMC, a modo similar de un juez resuelva los conflictos.

Esta potestad es propia de las IRA del modelo norteamericano y son producto de la creación de las ANR por parte de las Directivas Comunitarias consecuencia de la liberalización.

Dicha potestad fue incluida pese a las críticas en cuanto a su reconocimiento y alcance, aspectos que abordamos en tercer capítulo de esta tesis, por considerarse una grave contradicción con el principio de “reserva de la jurisdicción”<sup>1622</sup>. Esta crítica fue solventada por la especialidad técnica, la eficiencia y los conocimientos que tienen los Organismos Reguladores sobre las controversias que pueden suscitarse en los mercados, unida a su neutralidad y la existencia de un procedimiento que garantice la defensa efectiva de las partes. Aunque una de los fallos de la LCCNMC, es que no precisa que tipo de procedimiento se sigue en esta materia, pero es preciso precisar que el procedimiento previsto para la instrucción, no es compatible con el procedimiento que debe tenerse para la resolución de los conflictos.

En cuanto al listado de asuntos que se incluyen en la Ley, se plantea si tienen carácter taxativo los conflictos que pueden someterse a conocimiento de la CNMC o por si el contrario, algunas relaciones, aún siendo privadas y en las que no media ningún tipo de interés público pueden atribuirse a dicho organismo. Y surge además el interrogante si el Legislador cuenta con los conocimientos necesarios para ampliar el número de asuntos sometidos a consideración de la CNMC y que no han sido reconocidos como tales en el Derecho Comunitario.

La problemática que deriva en términos materiales de esta potestad, surgirá con fuerza cuando se interponga un recurso ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para conocer con qué margen cuenta el juez contencioso para apartarse de lo resuelto específicamente en su carácter técnico por la CNMC<sup>1623</sup>. Contamos con la experiencia general de que en la mayoría de veces

---

<sup>1621</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “*Nuevo Marco Institucional*”. Jornada sobre la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organizadas por IE law School Executive Education. Viernes 22 de noviembre de 2013.

<sup>1622</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *La reserva de jurisdicción*. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Madrid. 1989 y de este mismo autor “*La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la administración*”. En VVAA: Estudios sobre la Constitución española : Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Coord. por Sebastián Martín-Retortillo Baquer, Vol. 3, 1991 (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas). Pp. 2741-2780.

<sup>1623</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. “*Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa*”. En VVAA: Revista General de Derecho Administrativo. Nº. 4. 2003; de este mismo autor, *Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial*. En VVAA: Cuadernos de derecho judicial. Nº. 13, 1998 (*Ejemplar dedicado a: La experiencia jurisdiccional : del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*. Perfecto Andrés Ibáñez (dir.)). Pp. 161-176



en los que se ha recurrido a los Tribunales han ratificado los asuntos que han sido resueltos por parte autoridades reguladoras, tanto en el ámbito nacional como en el europeo<sup>1624</sup>.

La Ley sí se refiere los mercados donde pueden darse los conflictos y qué tipo de conflictos pueden presentarse entre los operadores (no nos referimos a los conflictos que pueden originarse con los usuarios), atendiendo a las indicaciones fijadas en sede Comunitaria, gozando en general de un amplio margen de discrecionalidad<sup>1625</sup>. Tales mercados son:

- Mercados de comunicaciones electrónicas
- Mercados de electricidad y gas
- Materia de Tarifas aeroportuarias
- Mercado postal
- Mercado Audiovisual
- Sector Ferroviario

MERCADO	TIPO DE CONFLICTO A RESOLVER
MERCADOS DE COMUNICACIONES ELECTRONICAS. (Conflictos originados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 32/ 2003 y su normativa de desarrollo, originados por operadores, o en estos y otras entidades.) <sup>1626</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- En materia de acceso, interconexión e interoperabilidad</li> <li>- Forma de sufragar los coste que produzca la conservación de los números telefónicos</li> <li>- Condiciones de uso compartido de</li> </ul>

<sup>1624</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional...* Op. cit. Pp. 205 y ss.

<sup>1625</sup> FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMON. *"Sobre los límites..."* Op.cit.

<sup>1626</sup> El artículo 15 de la Ley General de Telecomunicaciones, alude a dicha facultad indicando que la Comisión puede adoptar medidas provisionales hasta el momento de resolver de manera definitiva el conflicto y los mecanismo de coordinación que establecerá con las demás organismos europeos cuando se esté en presencia de un conflicto transfronterizo y la posibilidad que tiene la CNMC de solicitar dictamen al ORECE sobre las medidas que deben adoptarse para resolver el litigio. Sobre el particular indica:

*1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley.*

*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.*

*2. En caso de producirse un conflicto transfronterizo en el que una de las partes esté radicada en otro Estado miembro de la Unión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en caso de que cualquiera de las partes así lo solicite, coordinará, en los términos que se establezcan mediante real decreto, sus esfuerzos para encontrar una solución al conflicto con la otra u otras autoridades nacionales de reglamentación afectadas.*

*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá solicitar que el ORECE adopte un dictamen sobre las medidas que deben tomarse para resolver el litigio. Cuando se haya transmitido al ORECE tal*

	<p>infraestructuras</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Conflictos entre prestadores de servicios de consulta telefónica y operadores de redes públicas telefónicas fijas.</li> <li>- Condiciones en las que se ofertará el servicio mayorista de acceso a bandas anchas de frecuencias.</li> <li>- En materia de itinerancia</li> <li>- Conflictos transfronterizos entre prestadores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas.</li> </ul>
MERCADOS DE ELECTRICIDAD Y GAS.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contratos relativos al acceso de terceros al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso de distribución.</li> <li>- La gestión económica y técnica del sistema el transporte, incluyendo las conexiones entre instalaciones.</li> </ul>
TARIFAS AEROPORTUARIAS	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los recursos que se originen respecto a las decisiones de las sociedades concesionarias de los servicios aeroportuarios relativos a la modificación del sistema o nivel de sus tarifas aeroportuarias que interpongan las asociaciones y organizaciones representativas de compañías usuarias del aeropuerto</li> </ul>
MERCADO POSTAL	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El establecimiento a petición del interesado, de las condiciones de acceso a la red postal si las negociaciones entre titulares de autorizaciones singulares y el operador designado no hubieran concluido en la celebración del contrato</li> </ul>

*solicitud, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá esperar el dictamen del ORECE antes de tomar medidas para resolver el litigio. Ello no constituirá un obstáculo para que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia adopte medidas urgentes en caso necesario.*

*Cualquier obligación impuesta a una empresa por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la resolución de un litigio deberá tener en cuenta en la mayor medida posible el dictamen adoptado por el ORECE.*

Se debe tener presente lo previsto en el artículo 70 del citado Proyecto de Ley. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que en la letra d) precisa que dentro de las competencias asignadas a la Comisión está la resolver conflictos en los mercados de las comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 del proyecto y que tendrá competencia para resolver de aquellos conflictos que se surtan entre los operadores relativos a la determinación de las condiciones concretas para la puesta en práctica de la obligación impuesta por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada, o de la ubicación compartida de infraestructuras y recursos asociados, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 32 de la presente ley, así como resolver conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 del proyecto de Ley.

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los conflictos entre el operador designado para prestar el servicio postal universal y otros operadores postales que presten servicios en el ámbito del servicio postal universal al acceso a la red postal y a otros elementos de infraestructura y servicios postales</li> <li>- Los conflictos entre los operadores postales o designados para la prestación del servicio postal universal</li> </ul>
MERCADO DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conflictos ente los agentes intervinientes en los mercados de comunicación audiovisual sobre materias sobre materias en las que la Comisión se atribuya competencia</li> <li>- Los que se originen por la cesión de canales de radio y televisión</li> <li>- En relación con el acceso a estadios y recintos deportivos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.</li> </ul>
SECTOR FERROVIARIO ( Reclamaciones que presenten las empresas ferroviarias y los restantes candidatos)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Otorgamiento y uso del certificado de seguridad y el cumplimiento de las obligaciones que éste comporte</li> <li>- Aplicación de los criterios contenidos en las declaraciones sobre la red</li> <li>- Procedimientos de adjudicación de capacidad y sus resultados</li> <li>- La cuantía, la estructura o la aplicación de los cánones y tarifas que se les exijan o puedan exigírseles</li> <li>- Cualquier trato discriminatorio en el acceso a las infraestructuras o a los servicios ligados a éstas que se produzca por actos llevados a cabo por otras empresas ferroviarias o candidatos</li> <li>- Prestación de servicios en los corredores ferroviarios.</li> </ul>

**Cuadro 76 - Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC – Creación Propia: Resolución de Conflictos.**

En caso de que se presente un conflicto entre los operadores y uno de ellos solicite que el asunto sea conocido por parte de la CNMC, el órgano competente para resolver el conflicto es la Sala de Supervisión Regulatoria, como único órgano decisor, lo que implica una concentración de todos los asuntos en manos en un solo órgano.

Atendiendo al perfil de sus integrantes, no garantiza que los asuntos sean resueltos de la manera más adecuada, lo que unido al volumen de asuntos que gestionan, hace imposible que éstos sean resueltos rápidamente.

Urge la creación de un procedimiento en esta materia, que se revise la práctica llevada por las Autoridades que se fusionaron, con el fin de la nueva CNMC pueda garantizar una efectiva

resolución y que el órgano decisor cuente con las verdaderas garantías para formar su decisión y resolver juiciosamente los casos.

#### 7.2.5. Facultades de Inspección, Requerimiento de Información y Potestad Sancionadora

El artículo 27 de la Ley, denominado Facultades de inspección, constituye un precepto dedicado a las atribuciones y competencias dadas a la Comisión para el ejercicio de esta facultad; para ello se determina, que se contará con un personal debidamente autorizado por el personal Directivo de esta entidad, el cual será el encargado de realizar las inspecciones ya sea a la empresas y asociaciones para la debida aplicación de la Ley.

En cuando al ejercicio de la facultad de inspección los agentes podrán:

- a) Acceder a cualquier tipo de local, terreno y medio de transporte sean estos de las empresas o asociaciones o al domicilio particular de los administradores o demás agentes
- b) La posibilidad de verificar los libros y demás documentos relativos a la actividad que es realizada por estos agentes. Así como la posibilidad de poder obtener copias de los libros, documentos, extractos.
- c) Retener por un plazo máximo de diez días los libros o documentos.
- d) La posibilidad de solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas. Si estos se opusieran a la inspección, el órgano correspondiente de la Comisión deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas.
- e) De la inspección que se realice deberán levantarse actas, cuya naturaleza será de ser documentos públicos y se constituirán en prueba.
- f) Toda la información e información que sea obtenida, sólo podrá ser utilizada por CNMC para las finalidades previstas tanto en la Ley de Creación de la CNMC y por la Ley de Defensa de la Competencia.

En ejercicio de las atribuciones descritas, se deberán levantar actas en las que se indiquen los datos de identificación de la empresa, los de sus representantes, la relación de los hechos, los aspectos más relevantes de la inspección; los datos e informaciones obtenidas solo podrán ser utilizados de acuerdo con los criterios y finalidades previstas en la Ley.

Asimismo, se señala que las empresas y asociaciones estarán obligadas a someterse a las inspecciones que el órgano competente haya autorizado. También se precisa que en los supuestos de oposición por parte de las empresas, se le faculta a la Comisión de solicitar la autorización a la autorización judicial cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de los Contencioso Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas.

Este tema tan polémico, debió ser redactado de manera mucho más clara, precisando el alcance del acceso a los documentos, el “modus operandi” y, atendiendo a la mejor jurisprudencia, limitar la posibilidad de proteger determinados datos mediante el impedimento de llevarse la totalidad de la documentación, como en algunos casos ha sucedido especialmente en relación con las Inspecciones de Competencia. La redacción propuesta en el Anteproyecto y que se replica en la Ley, responde a la expresión prevista en la Ley de Defensa de la Competencia en lo dispuesto en el artículo 40 y en su Reglamento de Defensa de la Competencia<sup>1627</sup>.

Ello permite concluir que no se realizó una revisión de la legislación sectorial en lo correspondiente a este tipo de facultades con el fin de hacer una redacción uniforme.

Atendiendo a que la fusión de los organismos sectoriales en una sola entidad implica que se tengan que incorporar algunos elementos de tales regulaciones sectoriales para lograr el ejercicio oportuno de la función encomendada, esto es, en definitiva, de acuerdo a las particularidades de cada sector, debería haberse reflexionado sobre lo que implica que aspectos tales como los previstos en el artículo 27.2.a). A mi juicio, deben ser modificadas o revisados efectuando una lectura conjunta a la Leyes en materia de hidrocarburos, energía, gas, comunicaciones electrónicas y audiovisual y en los demás apartados, evitando aplicar sin más los que hacen referencia exclusiva a los elementos que eran inspeccionados por parte de la Comisión Nacional de Competencia. Asimismo, aunque sea un tema de menor envergadura, habría que establecer la modificación del acta de inspección, ya que muchos procedimientos pueden ser realizados de forma telemática.

El ejercicio de esta función es típicamente un ejercicio de una función administrativa, por lo cual se debería prever una inclusión específica en el mencionado artículo, respecto de los funcionarios a los que les ha sido encargado el ejercicio de esta función<sup>1628</sup>. Asimismo sería conveniente la posibilidad de contar con personal especializado en cada sector a inspeccionar y que no se atribuyan a otros funcionarios que no cuenten con la cualificación técnica y económica para el ejercicio eficiente de esta función<sup>1629</sup>. Es por esta razón que los funcionarios de carrera que realicen esta función, tendrá la condición de Agente de la Autoridad, sin perjuicio que se pueda solicitar colaboración de la Administración General del Estado y que convendría profesionalizar al máximo.

La facultad de inspección y sanción en materia de telecomunicaciones, en concreto, se ve ampliada en la reciente Ley General de Telecomunicaciones, tal como se indica en el Título VIII, sobre Inspección Y Régimen Sancionador<sup>1630</sup>, donde se describe de forma detallada cómo

---

<sup>1627</sup> REAL DECRETO 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE nº 50 de 27/03/2008).

<sup>1628</sup> Ibídem Pp. 33. En igual sentido el informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación. Óp. cit. 111.

<sup>1629</sup> COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados. Óp. cit. 63.

<sup>1630</sup> MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES. Comisión Permanente de 21 de enero de 2013. Disponible en:

será el ejercicio de la función de inspección y el ejercicio conjunto de esta función con el Ministerio de Industria, Energía y Turismo<sup>1631</sup> -

El artículo 28 de la Ley 3/2013, denominado Requerimiento de información y acceso a los Registros Estatales, establece en sus tres apartados la posibilidad de recabar información como un elemento fundamental para el ejercicio oportuno de las competencias y atribuciones asignadas a esta Comisión.

A tal efecto se indicará en los requerimientos qué tipo de información es solicitada por parte de la entidad y el uso que se hará de la misma. Los datos que logren recaudar deben ser clasificados de acuerdo con el contenido de la información que éstos tengan, y sólo podrán ser cedidos al Ministerio competente, las Comunidades Autónomas, Comisión Europea, y las Autoridades competentes en ámbito Europeo. También se le faculta a la Comisión la posibilidad de acceder a los registros previstos en la legislación estatal reguladora de los sectores incluidos en el ámbito de la Ley.<sup>1632</sup>

No basta con la genérica atribución inspectora otorgada a las antiguas Autoridades de Competencia, sino que hay que determinar con precisión, lejos de todo “totum revolutum” la extensión de la facultad de inspección. Este aspecto, mal solucionado, acabará dando lugar a litigios por falta de precisión técnica.

El artículo 29 denominado Procedimiento sancionador y regula como se aplica.

La premisa contemplada en apartado primero alude a que la Comisión ejercerá esta potestad en relación a las infracciones previstas en las Leyes que regulen los diferentes mercados y sectores económicos.

La instrucción del procedimiento sancionador estará a cargo del personal de unidad correspondiente en razón de la materia.

En cuanto al procedimiento previsto para ejercicio de esta potestad será el previsto en la Ley de creación de la Comisión y en las disposiciones reguladoras de los procedimientos sancionadores previstas en la legislación especial, y en lo que no se encuentre previsto en estos dos procedimientos, en lo previsto en la Ley 30/1992 y el Real Decreto 1398/1993. En lo que corresponde al procedimiento sancionador en materia de defensa de la Competencia, se regirá por las disposiciones previstas en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

---

[http://sie.fer.es/esp/Servicios/Innovacion\\_Tecnologia/Enlaces\\_Noticias\\_interes/Borrador\\_anteproyecto\\_Ley\\_Gral\\_Telecomunicaciones/webFile\\_18767.htm](http://sie.fer.es/esp/Servicios/Innovacion_Tecnologia/Enlaces_Noticias_interes/Borrador_anteproyecto_Ley_Gral_Telecomunicaciones/webFile_18767.htm) [en línea] (Consultado 21/02/2012), el cual quedo ratificado en la Ley General de Telecomunicaciones. .

<sup>1631</sup> BLOGECONOMIA. “BRUSELAS NO VE CON BUENOS OJOS LA FUSIÓN DE LOS ÓRGANOS REGULADORES”. Disponible en: <http://blogeconomia.com/2013/02/bruselas-no-ve-con-buenos-ojos-la-fusion-de-los-organos-reguladores/> [en línea] (Consultado 26/02/2013).

<sup>1632</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “El Acceso a la información de los operadores en los sectores regulados: el caso de los requerimientos de información de la Mercado de las Telecomunicaciones”. En: VVAA. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas. N° 132. 2006. Pp. ,661-694.

La resolución que se dicte, pondrá fin a la vía administrativa y será susceptibles de ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativo.

Ahora bien, son varias las reflexiones a ser tenidas en cuenta atendiendo a la redacción propuesta. Aspectos tales como que el procedimiento sancionador en el ámbito de algunos reguladores sectoriales no es una competencia exclusiva de los mismos, sino que responde a una competencia compartida con el Ministerio competente implicaría una revisión de la Legislación sectorial vigente con el fin de adecuarla a los criterios establecidos en este artículo, el cual pretende establecer que todo el procedimiento sancionatorio estará atribuido a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En cuanto a la clasificación tradicional de faltas leves, graves y muy graves, hay que precisar que las legislaciones sectoriales establecen un régimen diferente a las mismas y un sistema de sanciones diverso, para lo cual sería necesario establecer criterios uniformes en cuanto a su aplicación y atender a los criterios previstos sobre este particular en la Ley de Defensa de la Competencia y la necesidad de contar con una efectiva separación funcional de la dirección u órgano encargado de la parte instructora y de unidad encargada de adoptar la resolución definitiva, ya que no se encuentra contemplada.

En cuanto al régimen sancionador, nos adherimos en su totalidad a las valoraciones realizadas sobre este particular por la Comisión Nacional de la Competencia<sup>1633</sup>.

---

<sup>1633</sup> COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO. Óp. cit. Pp., 36-37. Se propone la supresión de la competencia del Presidente del Consejo para resolver las infracciones leves. Carece de lógica jurídica que en un sistema diseñado para que el ejercicio de la potestad sancionadora se realice a través de un órgano colegiado, con todas las ventajas que a efectos de independencia tiene, se sustraigan a su conocimiento, sin justificación aparente, la resolución de determinadas infracciones para encomendársela al Presidente. Esta atribución, además de facilitar las posibilidades de captura del órgano decisor, efecto este indeseado, podría plantear serios problemas de mediar causa de abstención o recusación del Presidente.

Tampoco parece encajar esta decisión en el esquema institucional esbozado por este APL, en el que las funciones que el Presidente ejerce al margen del Consejo afectan a la dirección y coordinación interna de la Comisión. Si lo que se pretende es queden determinadas decisiones se adopten con mayor celeridad que la que pudiera ser exigible a un Consejo dotado de numerosas y diferentes competencias, parece más razonable dejar al Consejo la posibilidad de delegar la competencia para resolver este tipo de infracciones en la Comisión Ejecutiva o las Comisiones Delegadas Sectoriales.

## Capítulo VIII

# Regulación y Competencia: Dos Culturas Jurídicas en una Sola Autoridad

---

En los capítulos anteriores describíamos la génesis, particularidades y las nuevas atribuciones de la nueva Comisión de los Mercados y la Competencia- CNMC-<sup>1634</sup>, en la que se agrupan tanto las funciones de competencia como las de regulación sectorial<sup>1635</sup>

Se indica que se pretende garantizar la seguridad jurídica<sup>1636</sup> y el marco de defensa de la competencia (tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley, siendo una de las razones por las que justifico su creación) aspecto que suscita críticas especialmente en lo que hace a la asignación de competencias entre la nueva Comisión y los Ministerios, ya que pueden afectar las tareas de regulación y supervisión de los sectores, específicamente en los mercados de telecomunicaciones (extensibles al resto de los sectores).

La CNMC se convierte así el primer modelo en el seno de la Unión Europea<sup>1637</sup> que ha optado por la creación de un Super-regulador de estas características<sup>1638</sup>, donde confluyen estas dos

---

<sup>1634</sup> LEY 3/2013, de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE Núm. 134 de 5/06/2013).

<sup>1635</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. *“Las dos caras de Jano: lo que el Derecho europeo tiene que decir respecto de la convivencia entre regulación y competencia. Reflexiones al hilo de las Sentencias del Tribunal General de 29 de marzo de 2012 (asuntos T-336/07 y T-398/07)”*. En Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional Working Papers on European Law and Regional Integration. WP IDEIR nº 20 (2013). Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-las%20dos%20caras%20de%20jano.pdf> [en línea]. (Consultado 5/02/2014).

<sup>1636</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión de los Mercados...* Op. cit. 217. La incorporación del nuevo modelo garantiza que no exista la inseguridad jurídica generada por la coexistencia tanto de la política de competencia en manos de la extinta CNC y de las autoridades reguladoras sectoriales.

<sup>1637</sup> Tal como se precisa en la exposición de motivos, señalando:

*En los últimos años, se detecta una clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación, pasando del modelo uní-sectorial a un modelo de convergencia orgánica, material o funcional en actividades similares o a un modelo multisectorial para sectores con industrias de red. Las ventajas que han motivado la adopción de estos modelos son las de optimizar las economías de escala y garantizar el enfoque consistente de la regulación en todas las industrias de red. Además, se ha argumentado que el riesgo de captura del regulador, tanto por el*



culturas jurídicas. Una de carácter vertical como lo es la regulación sectorial dirigida a mercados particulares o sectores estratégicos<sup>1639</sup>, y la segunda de carácter horizontal como es el Derecho de la Competencia que se aplica de manera igual en todos los sectores, salvo en aquellos casos en los que la legislación ha creado exenciones en su aplicación<sup>1640</sup>.

Si bien, tanto la Regulación como el Derecho de la Competencia tienen como objetivos comunes, como son la preservación de las condiciones del mercado y la interacción de los operadores en éste, para el beneficio tanto de las empresas, de los usuarios y consumidores<sup>1641</sup>, (de ahí que sea muy difícil delimitar los aspectos de cada forma de intervención)<sup>1642</sup>, los mecanismos, objetivos y finalidades perseguidas pueden verse afectadas por la integración en

---

*sector privado como por el gobierno, es menor en el caso de las autoridades multisectoriales, al reducirse la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado ministerio para la autoridad.*

*Por último, en algunos casos, como el de los Países Bajos, se han integrado las autoridades reguladoras de ciertos sectores en la autoridad de competencia. Con ello se consigue una mayor eficacia en la supervisión de la competencia en los mercados, al poder contar de forma inmediata con el conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores a través de instrumentos de procesamiento de datos más potentes.*

<sup>1638</sup> Tal como se precisaba en la experiencia comparada, los modelos que sirven de referencia como son el caso Alemán, como el caso Holandés, no pueden ser considerados como referentes, lo anterior, a que el modelo Alemán, conserva las funciones de regulación y competencia en organismos diferentes uno dedica a la intervención ex ante y el segundo a la intervención ex post, el único rasgo diferenciador, es que la autoridad de regulación ex ante Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNETZA), agrupa a los sectores que utilizan infraestructuras de red como sucede en los sectores de telecomunicaciones, energía, gas y sector postal, entre otros. En lo que respecta a la Autoridad Holandesa denominada Authority for Consumers and Markets (ACM), agrupo solamente a tres entidades a saber como lo eran Netherlands Consumer Authority o autoridad del Consumo, the Netherlands Competition Authority (NMa) o autoridad de Competencia y the Netherlands Independent Post and Telecommunications Authority (OPTA) que corresponde a las antiguas comisiones españolas de Comunicaciones CMT y la Comisión Nacional del Sector Postal, por lo tanto el modelo no responde al modelo español, donde se integraron 8 Comisiones de distinta naturaleza y características a diferencia de lo que sucede con la Autoridad Holandesa, atendiendo a que la integración de las comisiones responde a figuras muy afines como es que la autoridad de competencia conoce de los asuntos de consumo y que organismos reguladores afines como estuviesen integrados en una misma autoridad.

<sup>1639</sup> SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. *“Las relaciones y delimitación de funciones...Op. cit. Pp. 49.*

<sup>1640</sup> OCDE: *Relationship between regulators and competition authorities*. 24 de junio de 1999. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/sectors/1920556.pdf> [En línea]. (Consultado 1/03/2014). En dicho documento OCDE precisa cual es el alcance de la labor tanto de los reguladores y las autoridades de competencia, indicando que los primeros establecen o velan por el cumplimiento de obligaciones *ex ante*, teniendo un carácter preventivo y las segundas emplean su actuación o carácter represivo cuando suceden las conductas, salvo la excepción dada en materia de concentraciones económicas.

<sup>1641</sup> ALMUNIA, JOAQUIN. *“Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?”* Vice-President of the European Commission responsible for Competition Policy Center on Regulation in Europe (CERRE) Tuesday 23 March 2010, Brussels European Commission - SPEECH/10/121 23/03/2010. Disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-10-121\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-121_en.htm?locale=en) [en línea] (Consultado 25/02/2014).

<sup>1642</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. *“Las dos caras de Jano...Op. cit. Pp. 7. La dificultad de deslinde entre los ámbitos de la regulación y competencia deriva de la íntima conexión que existe entre ambas esferas de intervención pública. En particular, la primera se constituye en función de la segunda- y en ella se inspira, de forma crecientemente intensa-, con vocación de transitoriedad. Y ello en bien entendido de que el concepto- y las técnicas- de regulación se explican en el contexto de los procesos liberalizadores, como instrumento para facilitar la consolidación de un escenario de competencia efectiva en el que, por otra parte, y de forma simultánea, el Derecho de la competencia resulta plenamente aplicable.*

una misma entidad de dos formas de intervención como son la *Ex ante* o *a priori* de la regulación económica y la *Ex Post* propia del derecho de la competencia<sup>1643</sup>, en virtud de la filosofía que las inspira y de los diversos mecanismos.

ALCANCE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DE LA REGULACIÓN SECTORIAL	
DERECHO DE LA COMPETENCIA	REGULACIÓN SECTORIAL
<ul style="list-style-type: none"> <li>-Defiende el orden público y es aplicable de manera horizontal a todos los sectores económicos.</li> <li>-Su finalidad es que el mercado sea eficiente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Es específica en virtud de cada sector, de allí que pueda resolver con mayor precisión la mayoría de controversias que acontecen en cada mercado en particular.</li> <li>-Las medidas que se adoptan pueden ser más o menos intensas atendiendo al grado de competencia llegando a limitar en determinados supuestos algunos derechos reconocidos en aras de crear y consolidar efectivamente un mercado en concreto.</li> </ul>

**Cuadro 77 - Fuente Calviño Santamaría - Creación Propia: Alcance del Derecho de la Competencia y de la Regulación Sectorial.**

Por lo tanto se hace necesario realizar un análisis tanto de la Política de Competencia -atribuida a la Autoridad de Competencia con sus finalidades y mecanismos- como los de la Regulación Económica, con la finalidad de determinar si efectivamente una absorbe a la otra. Lo cual implicaría que el Derecho de la Competencia primaría sobre la regulación sectorial. La aplicación de las formas de intervención *a priori* y *a posteriori* responden a supuestos diferentes y momentos diferentes, que hacen de ellas complementarias<sup>1644</sup> y sujetas a ser empleadas no de manera conjunta sino de manera sucesiva en el tiempo por instituciones especializadas, buscando de esta manera una aplicación adecuada de ambas políticas<sup>1645</sup>, lo cual redundaría en garantizar la seguridad jurídica de los operadores económicos y del mercado<sup>1646</sup>.

Vale la pena recordar lo señalado por FRISON-ROCHE<sup>1647</sup> en el sentido de que lograr una correcta interpretación de estas dos culturas y sus criterios diferenciadores: *ex ante* es una intervención sobre un fenómeno antes de que éste se cristalice, mientras que el *ex post* es la

<sup>1643</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “Ex ante - ex post, justificación de un derecho propio y específico de la regulación”. En VVAA: *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*. Año 12, Nº. 10, 2010. Pp. 3-13.

<sup>1644</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones los retos derivados del nuevo marco normativo”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía. (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología)*. Nº 832, 2006. Pp. 59-74, en igual sentido LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS “Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 185. Mayo-agosto (2011). Pp.87-111.

<sup>1645</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “La Coordinación y delimitación de funciones entre las autoridades de defensa de la Competencia y el regulador sectorial energético”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica*. III. Sector Eléctrico. Tomo I. Directores Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggesse. Iustel, Madrid. 2009. Pp. 125-157.

<sup>1646</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y... Op. cit. Pp. 59.

<sup>1647</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “Ex ante - ex post... Op. cit. Pp. 3

*intervención sobre un fenómeno después del advenimiento. El ex ante manifiesta voluntad normativa, el ex post manifiesta lo particular. El ex ante toma como principio el gobierno de las acciones, el ex post toma como principio la libertad de las acciones.*

Asimismo, es necesario determinar a través de análisis de casos, si los mecanismos de informes y la colaboración prevista en el seno de la CNMC (particularmente en entre sus Órganos de Gobierno, en este caso entre la Sala de Competencia y de Supervisión Regulatoria, como a través de sus cuatro direcciones), permiten garantizar la aplicación efectiva de ambos mecanismos o la existencia de criterios disconformes por la primacía del Derecho de la Competencia<sup>1648</sup>.

Respecto de la Regulación sectorial, atendiendo a la lectura que se hizo en el informe elaborado por PWC<sup>1649</sup> de la Directiva 2009/140/CE<sup>1650</sup>, se señala que este instrumento comunitario tiene como objetivo una transición de un régimen de intervención *ex-ante* a otro *ex-post* basado en el derecho de la competencia, y de supresión de la regulación *ex-ante* y que se ve reflejado en la Ley<sup>1651</sup>.

Pero si recordamos que los mercados que vienen a regular, cuentan con unas particularidades propias que exigen la aplicación de criterios previos, ya sea para la creación de un mercado, ya sea para la corrección de fallas, definitivamente las cuestiones que implican su propia configuración y el derecho de los usuarios, no podrían ser solucionadas de manera efectiva por parte del Derecho de la Competencia<sup>1652</sup>.

---

<sup>1648</sup> ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA “Comunicaciones electrónicas y competencia”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología)*. Nº 832, 2006. Pp. 75-88. Quien alude, que la incorporación de la competencia y su consolidación, producen que las reglas previas en pro de su generación sean eliminadas y sólo permanecerán vigentes aquellas cuya finalidad es la protección de los intereses generales, que se concretan en el acceso de todos los ciudadanos a los servicios y la prestación de aquellos que sean necesarios para la seguridad.

<sup>1649</sup> PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). *Modelo organizativo de la...* Op. cit. Pp. 4 y ss.

<sup>1650</sup> DIRECTIVA 2009/140/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>1651</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “*Ex ante - ex post...*” Op. cit. Pp. 7 y 8. Al referirse del carácter transitorio de la regulación *ex ante*, en el sentido de que esta se constituye en un instrumento para la aplicación del derecho de la competencia o *ex post*. Sobre este aspecto afirma *Totalmente distinta es la hipótesis en la que las acciones de los operadores, incluso sin trabas, sin incertidumbres y sin costos, no son suficientes como para construir la fuerza del conjunto. En este caso, allí debe haber administración, sobre todo del sector como de su transformación, sobre todo cuando debe transformarse de sector monopolístico en sector competitivo. El ex ante, entonces, es un arma utilizada para el establecimiento de un ex post, en el que los comportamientos serán libres y sólo sufrirán sanciones en casos de desvíos. El ex ante pasa a ser, por un retorno de las cosas, el servidor de un ex post que espera tener los medios para constituir el modo ordinario de regulación. El regulador es transitorio, el ex ante también porque no son más que el estribo del ex post del derecho de la competencia.*

<sup>1652</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión de los Mercados...* Op. cit. 230.

No se puede desconocer, que conforme a la evolución de los mercados, la regulación evoluciona conforme a ellos; de allí que aunque en la Ley, siguiendo a la Directiva, se acogieran instrumentos y metodologías propias del Derecho de la Competencia con el fin de que los criterios *ex ante* fueran reemplazados por la intervención *ex post*, esto no impide que dichas reglas *ex ante*<sup>1653</sup> se conserven para mantener o asegurar el comportamiento de los agentes en el mercado.

No se puede afirmar tajantemente, que el comportamiento de los agentes económicos en un mercado garantiza de por sí la existencia de un equilibrio económico general y que por consiguiente no es necesario contar con reglas que orienten el comportamiento de los agentes y que por sí solo el Derecho de la Competencia o *ex post*, podrá dar solución al mismo y de esta manera mantener dichas condiciones<sup>1654</sup><sup>1655</sup>. Es obvia en todos los mercados, especialmente desde la perspectiva del usuario y del consumidor, la necesidad de contar con reglas múltiples y precisas de comportamiento que rijan las actividades de los operadores, lo cual justifica la coexistencia de los dos criterios<sup>1656</sup> y con ello, la aplicación por entes jurídicos diferentes no integrados en una misma entidad.

Los mercados objeto de análisis por parte de la CNMC son mercados liberalizados, donde el papel de ésta, no se limita a garantizar la competencia existente, sino en la mayoría de los casos a garantizar su existencia. De ahí que, como indica MONTERO PASCUAL,<sup>1657</sup> el papel que cumple la regulación *ex ante* es fundamental no sólo para proteger a los operadores presentes

---

<sup>1653</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “*Las dos caras de Jano...* Op. cit. Pp. 8. El ejemplo más representativo de esta evolución se da en el mercado de las telecomunicaciones a través de los tres paquetes de directivas la primera del año 1997, la segunda del 2002 y la tercera del 2009.

<sup>1654</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “*Ex ante - ex post...* Op. cit. Pp. 6.

<sup>1655</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “*La aplicación de las normas de competencia en el mercado de las telecomunicaciones*”. En VVAA: *Noticias de la Unión Europea*. (Ejemplar dedicado a: El mercado de las telecomunicaciones). Nº 313, 2011. Pp. 35-46. Si bien la incorporación de las normas del derecho de la Competencia han dinamizado los sectores a efectos de aumentar la productividad en los mismos, la innovación y del bienestar de los consumidores. No se puede dejar de lado las particularidades propias de cada sector, caracterizados por ser mercados en red y de la imperiosa necesidad de que existan inversiones efectivas en las mismas, de allí que sea necesario que se sigan manteniendo un conjunto de obligaciones tales como el acceso efectivo a los mercados, evitando abusos por parte de los operadores en las condiciones de acceso. Por lo tanto, es indispensable contar y mantener reglas que garanticen el adecuado funcionamiento de cada sector, aspectos que por sí solo la legislación de Competencia no puede garantizar.

<sup>1656</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “*Ex ante - ex post...* Op. cit. Pp. 8. Aludiendo a que la distinción tradicional en el que el *ex ante* está orientado a la construcción de los mercados los mercados y el *ex post* se activa en los supuestos de comportamientos anticompetitivos puntuales observados por el derecho de la competencia. En determinados supuestos para la consolidación de los mercados emergentes se hace necesario que el *ex ante* no se aplique, lo que se traduciría en la construcción de un determinado mercado a través de algunos instrumentos *ex post* y una vez que este se consolide los mecanismos *ex ante* puedan aplicarse, lo que implicaría según esta autora en una aplicación del *ex post* al *ex ante*, según las características derivadas de cada sector.

<sup>1657</sup> PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión de los Mercados...* Op. cit. 230. *En cualquier caso, no cabe concluir que la regulación se limite a someter a las actuaciones de intervención pública a un grupo más amplio de operadores, o a prever la posibilidad de intervenir ex ante, y no solo ex post. Las obligaciones jurídicas propias del modelo de la regulación pueden prohibir estrategias contrarias a la competencia, al igual que las normas de defensa de la competencia, pero también imponer conductas destinadas a facilitar la competencia en el mercado.*

en el mercado. La intervención *ex ante* hace en sí misma más eficaz y garantiza la incorporación de nuevos operadores.

Ahora bien, surge el interrogante ¿Si la Nueva Comisión tiene la capacidad de asumir ambas posturas cuando una misma conducta puede ser abordada desde el punto de vista de la Regulación Sectorial y el Derecho de la Competencia<sup>1658</sup> *Quid Iuris?* Es pues pertinente analizar la conveniencia o no del modelo para el mercado español, o si el modelo de Comisiones Uní-sectoriales es el más óptimo para cada sector en particular<sup>1659</sup>.

## 8.1. REGULACIÓN ECONÓMICA. Objetivos e Instrumentos de Intervención

La Regulación se utiliza realmente para abrir los mercados a la competencia y como un instrumento de la liberalización en el que el regulador establece y determina la acción de los operadores<sup>1660</sup>.

Este suele ser el caso de las industrias de red, provenientes de los antiguos monopolios estatales, como las telecomunicaciones, el transporte, la energía y de los servicios postales, entre otros<sup>1661</sup>, a los que se ha considerado como servicios de interés general. La regulación ha traído consigo no solo la eliminación de los derechos exclusivos sino de nuevos mecanismos para fomentar la competencia<sup>1662</sup>, lo que implica que todos y cada uno de los ciudadanos tengan derecho a que los servicios, independientemente de su ubicación geográfica, se presten en condiciones de calidad<sup>1663</sup>.

---

<sup>1658</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 185. Mayo-agosto. 2011. Pp.87-111. *Esta situación genera inseguridad jurídica, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en los últimos años De ahí la necesidad de racionalizar las relaciones entre ambos tipos de normas.*

<sup>1659</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones... Op. cit. Pp.

60.

<sup>1660</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “Ex ante - ex post... Op. cit. Pp. 4

<sup>1661</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. “Las autoridades de competencia nacionales ante los sectores regulados: la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al sector de la energía. La coordinación entre los organismos reguladores”. En VVAA: *Tratado de regulación del sector eléctrico. Vol. 1. (Aspectos jurídicos)*. Fernando Becker Zuazua, Luis María Cazorla Prieto, Julián Martínez-Simancas Sánchez, José Manuel Sala Arquer Madrid. Civitas- Thompson. 2009. Pp. 457-478.

<sup>1662</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión de los Mercados...* Op. cit. 229.

<sup>1663</sup> VELASCO SAN PREDRO, LUIS ANTONIO. “Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*. Director Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, José Vida Fernández (Coordinador). Iustel, Madrid. 2009. Pp. 725-757. La transición a la competencia, trajo consigo la consecución de una incorporación de objetivos en su mayoría orientados a la preservación de los intereses generales. Para la cual la Regulación o nueva regulación se ha desarrollado en varias etapas a saber en aras de la abrir los mercados a la competencia, para lo cual han utilizado los siguientes instrumentos, muchos de ellos vigentes como:

1º. La eliminación de los monopolios legales.

2º. El reconocimiento de la libertad de competencia en los nuevos mercados, pero con ciertos controles de acceso.

Si bien el proceso liberalizador al que hicimos referencia en el primer capítulo culminó a finales de la década de los noventa, el desarrollo mismo de los mercados ha determinado la permanencia de este tipo de reglas tendentes a garantizar la competencia y suplir los fallos del mercado<sup>1664 1665</sup>.

Se debe partir de la premisa como afirma ALONSO SOTO<sup>1666</sup> que existen de una serie de factores que inciden directamente en esta forma de intervención, como son la insuficiencia e inadecuación de las normas de Derecho de la Competencia para alcanzar una completa y adecuada regulación de los sectores, por la complejidad propia servicios económicos de interés general, los cuales deben ser prestados en condiciones de igualdad y a un precio asequible. Un segundo aspecto que destaca este autor, es que existe una necesidad por parte de los operadores, usuarios y consumidores de conocer cuáles son las normas que rigen su actividad y como éstas pueden restringir o limitar sus intereses.

Asimismo y específicamente en el mundo empresarial en lo que corresponde a las inversiones a realizar como la ampliación de infraestructuras o la implantación de una tecnología específica, de nuevo la regulación es crucial.

Como tercer elemento, se destaca, la particularidad de que los mercados si bien fueron abiertos a la liberalización y han transcurrido algunos años desde este proceso, se ha percibido la tendencia a constituirse en mercados con tendencias monopolísticas, de duopolios u

---

3º. *El reconocimiento de derechos de acceso de los nuevos competidores a las redes de los antiguos monopolios, estableciendo a su cargo, desde su nueva posición de operadores incumbentes, de la obligación de facilitarles dicho acceso al considerarlas como infraestructuras esenciales (essential facilities).*

4º. *La privatización de empresas públicas, frecuentemente con reserva de facultades de injerencia del sector público (tipo acción de oro o similares).*

5º. *La creación de agencias públicas independientes con facultades de supervisión, sanción y desarrollo regulatorio de los nuevos mercados.*

6º. *La liberalización sólo relativa de prestaciones y contraprestaciones (manteniendo de tarifas en sectores del mercado, control preventivo de márgenes o precios, exigencia de inversiones, etc.).*

<sup>1664</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y... Op.cit. Pp. 89. Tradicionalmente, como lo precisa este autor los fallos existentes en los mercados determinan el papel que debe desempeñar la regulación, de allí que en unos determinados supuestos, esta se encargue de proteger tanto a los bienes jurídicos de transcendental importancia, o que efectivamente los servicios que se prestan en un entorno liberalizado, cumplan con unos determinados estándares de calidad y precio, en otros supuestos la regulación es el instrumento para la efectiva promoción de la competencia, específicamente en aquellos sectores donde existen fuertes barreras de entrada y con operadores históricos que en su mayoría de veces cuentan con posiciones de dominio.

<sup>1665</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. “Las autoridades de competencia nacionales... Op.cit. Pp. 457 y ss. Quien alude en la parte correspondiente a los problemas de aplicación de la Regulación y del Competencia, inicialmente responden a criterios contradictorios, en el entendido a que el Derecho de la Competencia en palabras de este autor es un mecanismo auxiliar de la mano invisible del Estado y la Regulación es la mano visible. La segunda de la segunda viene dada por el incorrecto funcionamiento del mercado, que no deja que la misma competencia funcione por sí misma. En los

<sup>1666</sup> ALONSO SOTO, RICARDO JOSÉ. “11. Los organismos reguladores y la defensa de la competencia: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones v. Autoridades de Defensa de la Competencia.”. En VVAA: *Regulación y competencia en telecomunicaciones*. José María Beneyto Pérez Director. Jerónimo Maíllo González-Orús coordinador. Instituto de estudios europeos, Universidad San Pablo-CEU: Telefónica: Dykinson. Madrid. 2003. Pp. 337-353

oligopolios, donde los criterios provenientes de la promoción de la competencia no son suficientes y se hace necesario que el regulador restrinja o limite, en perjuicio de uno de los operadores, particularmente el que ostenta posiciones significativa de dominio sus prerrogativas con el fin de favorecer a los nuevos competidores en el mercado<sup>1667</sup>

Y por último, los criterios provenientes de la legislación del derecho de la competencia no permiten garantizar la calidad de los servicios que se prestan, ni las condiciones de los mismos, lo que conduce a la necesidad imperiosa de que se determinen y establezcan un conjunto de normas tendentes a garantizar no solo la competencia entre prestadores, sino la debida protección de los consumidores y usuarios.

De allí que la regulación a la que se le ha denominado como regulación *ex ante*<sup>1668</sup> de tendencia asimétrica, con un carácter transitorio<sup>1669</sup>, sea el instrumento para resolver los problemas estructurales, para mantener los equilibrios en determinados sectores que no pueden crear por si solos unas condiciones óptimas<sup>1670</sup> y de abrir los mercados a la competencia, para lo cual se sirve de los diversos instrumentos con los que cuenta para determinar las condiciones de entrada en un mercado, de los criterios de permanencia en el mismo y del establecimiento de reglas que permiten a los futuros inversores invertir en un mercado<sup>1671</sup>.

La finalidad de la regulación, como indica CARLON RUIZ<sup>1672</sup> es que ésta sea el instrumento para *reconducir el sector originalmente reservado al Estado a las reglas general del Derecho de la competencia, que se caracteriza, inversamente, por su carácter general, ex post y simétrico.*

---

<sup>1667</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “La Coordinación y...Op. cit. Pp. 128. *Al respecto, la doctrina ha indicado que los mercados regulados se crean por Ley, y es necesario un organismo regulador que vele por su buen funcionamiento, no siendo el Derecho de la Competencia el instrumento adecuado para fomentar políticas como la energética o la de telecomunicaciones.*

<sup>1668</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “Ex ante - ex post... Op. cit. Pp. 5

<sup>1669</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “Las dos caras de Jano... Op. cit. Pp. 7.

<sup>1670</sup> Para el mantenimiento efectivo de dicho equilibrio y de las condiciones de mercados, la regulación ex ante crea principios de competencia o principios competitivos o anticompetitivos, que en algunos supuestos restringiendo las libertades dadas a las empresas, de allí que el regular a través de los mecanismos legales que le han sido asignados determine las condiciones de acceso, la forma de retribuir los servicios o en si mismo restringiendo la libertad tanto de contratación y la misma autonomía de las partes con el fin de evitar contratos desproporcionados o remuneraciones abusivas a favor de un operador.

<sup>1671</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. “Las autoridades de competencia...Op. cit. Pp. 463-464. *En términos generales, se dice, las autoridades de competencia actúan a posteriori, mientras que los reguladores sectoriales actúan a priori. Las primeras vigilan el mercado sancionando las conductas anticompetitivas. Las segundas ordenan el mercado para asegurar que los consumidores obtienen los beneficios de la competencia. Es fácil deducir que las autoridades de la competencia confían en que la mano invisible y el sistema de precios producirán natural o espontáneamente beneficios que se atribuyen a la competencia mientras que los reguladores sectoriales tienen como razón de ser, precisamente, la insuficiencia de la mano invisible y la necesidad de un adecuado <<diseño>> de los mercados correspondientes para lograr tales efectos. Diseño que exige la puesta en vigor de una regulación determinada y de su respeto por las empresas que operan en esos mercados. Los reguladores sectoriales hacen estas dos cosas: poner en vigor la regulación. En los intersticios de la legislación sectorial- y asegurar su cumplimiento.*

<sup>1672</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “Las dos caras de Jano...Op.cit. Pp.7

La regulación puede ser necesaria para supervisar un determinado sector, aunque sus poderes e instrumentos no se limiten exclusivamente a la supervisión, sino que su finalidad es la detectar las fallas en los mercados y establecer los posibles remedios para que estos funcionen de manera competitiva. De ahí que ordenen el mercado y lo diseñen, lo que implica la implantación de unos determinados mecanismos y el cumplimiento por parte de los agentes participantes de unas obligaciones concretas, las cuales pueden ser de hacer, de no hacer o un simple deber de abstención, que redundan en la adecuada protección de los consumidores<sup>1673</sup>.

Tal como afirma CALVIÑO SANTAMARÍA<sup>1674</sup> *Cuando ya existe una normativa de competencia de aplicación general, la justificación de esta regulación específica radica en que en sectores que acaban de ser abiertos a la competencia las fuerzas del mercado no puedan operar y, por tanto, es preciso establecer normas para garantizar que podrán entrar a sobrevivir nuevos competidores y que la liberalización no se quedará en papel mojado.*

Por consiguiente, la regulación *ex ante* sigue siendo necesaria donde persisten problemas estructurales de competencia<sup>1675</sup>, como sucede para que la puesta en marcha de una nueva tecnología - por ejemplo, las redes de fibra de nueva generación. En este caso concreto las empresas dominantes tendrán que proporcionar el acceso a su red de fibra, como lo hacen a su red de cobre. A las empresas dominantes no se les puede permitir que aprovechen de forma absoluta su propiedad sin ningún tipo de limitación, lo cual conduciría nuevamente a la creación de monopolios de los nuevos servicios de banda ancha, volviendo a los antiguos monopolios existentes en la década de los ochenta. De ahí que las Autoridades de Regulación determinen mecanismos, no sólo para garantizar las inversiones en dichas infraestructuras, sino para permitir el acceso a terceros a las redes de los operadores con poder significativo en el mercado el acceso a su infraestructura<sup>1676</sup>.

Pero no se puede dejar de lado que en determinados momentos y atendiendo a supuestos concretos se hace necesario la sustracción de la regulación *ex ante*. Lo cual no implica que efectivamente dicha sustracción está dada por la madurez absoluta del mercado, sino que por la misma evolución de los mercados y de los desarrollos tecnológicos determinan que se retire de la aplicación de este tipo de reglas, para que sea la intervención *ex post* la que supervise el

---

<sup>1673</sup> ALMUNIA, JOAQUIN. *"Competition v Regulation..."* Op. cit. Pp. 3.

<sup>1674</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. *"Regulación y competencia en telecomunicaciones..."* Op. Cit. Pp. 60.

<sup>1675</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. *"Las dos caras de Jano..."* Op.cit. Pp. 8. Se debe partir del criterio, que efectivamente una vez iniciado el proceso liberalizador, las reglas del Derecho de la Competencia por si solas serían lo suficientemente garantista para la creación del mercado, el mantenimiento del mismo a través de los propios mecanismos con los que esta forma de intervención cuenta, pero las particularidades propias de cada mercado ameritaron que se estableciera una nueva forma de intervención de carácter asimétrico y adecuado a las particularidades de cada sector. Inicialmente, esa normativa tenía un carácter transitorio, orientado a que en un futuro se aplicará propiamente la normativa de la Competencia, aspecto que no ha sido logrado del todo, de allí que ambas normativas convivan y surjan inconvenientes provenientes en cuanto a su aplicación.

<sup>1676</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS. *Revisión del marco regulador de las telecomunicaciones. Nuevas redes y nuevos servicios.* En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica*. IV. Telecomunicaciones. Dirigido por Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Coordinador José Vida Fernández. Iustel. Madrid. 2009. Pp. 661-723.



mercado, con la finalidad de que éste por sí, se consolide. Y a su vez, cuando sea necesario la intervención *ex ante*, el regulador cuente con la información suficiente para la adopción de las medidas adecuadas. Se suele decir coloquialmente que “ el *ex post se constituye en un medio para que el ex ante cuente con la información precisa*”, a lo que se le ha denominado como el “*ex ante informado*”<sup>1677</sup>.

#### 8.1.1 Objetivos

Tradicionalmente la doctrina tanto jurídica como económica, ha justificado la existencia de la Regulación Económica y la intervención que se hace a través de ella por la existencia de fallos de mercado, que afectan las condiciones del mismo. Afectaciones ya sea de la oferta o de la demanda, que inciden directamente en la asignación de los recursos y del bienestar general<sup>1678</sup>.

Tradicionalmente existen tres tipos de fallos de mercado<sup>1679</sup> que se replican en los demás sectores como lo son la existencia de los monopolios naturales, la externalidades positivas o negativas y la información asimétrica<sup>1680</sup> y que por ende deben resueltos por la regulación *ex ante*<sup>1681</sup>.

El problema característico de los sectores liberalizados, es que cuentan con grandes infraestructuras creadas y cuya titularidad es de los antiguos operadores, constituyendo sobre ellas monopolios naturales. Lo cual implica la existencia de rendimientos crecientes a escala, lo que incide en que la mayoría de las veces y atendiendo al mercado, un operador eficiente puede llegar a dominarlo. Ante tal situación y los costes que implica replicar dicha infraestructura, lo que se busca es que, para que el mercado cuente con diversidad de oferentes que diversifican la demanda, y dada la necesidad de que se les permita acceder a este recurso

---

<sup>1677</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “*Ex ante - ex post...* Op. cit. Pp. 11. Quien describe que este es uno de los supuestos previstos en el Paquete de Directivas en materia de telecomunicaciones y sus respectivas modificaciones, no se indica que el regulador sectorial no podrá intervenir respecto de los mercados que han sido incorporados en la lista preestablecida, lo indica que los otros mercados están sujeto a las reglas del libre mercado, pero se habilita al regulador que solicite a la Comisión europea la inscripción de un nuevo mercado en la lista, lo que implica que su inclusión en dicho listado existe una limitación y porque consiguiente estará sujeto a los criterios *ex ante*.”

<sup>1678</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “*Regulación y competencia en telecomunicaciones...* Op. Cit. Pp.

60

<sup>1679</sup> PINDYCK, ROBERT S. Y L. RUBINFELD, ROBERT S. *MICROECONOMÍA*. Séptima edición. Madrid. PEARSON EDUCACIÓN, S.A. 2009. Quienes definen el Fallo del mercado *Cabría pensar que si el único objetivo fuera lograr la eficiencia económica, sería mejor dejar actuar al mercado competitivo. A veces es así, pero no siempre. En algunas situaciones, hay fallos del mercado: como los precios no transmiten las señales correctas a los consumidores y a los productores, el mercado competitivo no regulado es ineficiente, es decir, no maximiza el excedente agregado del consumidor y del productor. Hay dos importantes casos en los que hay fallos del mercado.*

<sup>1680</sup> AKERLOF, GEORGE A. “*The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”. En VVAA: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970). Pp. 488-500. Disponible en: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1879431?uid=3737952&uid=2&uid=4&sid=21103641456693> [en línea]. (Consultado 3/03/2014).

<sup>1681</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “*Regulación y competencia...* Op. cit. Pp. 719.

esencial(“essential facilities”) para el desarrollo de su actividad, sea indispensable garantizar el acceso, lo que puede derivar en un detrimento para el operador para la ampliación de las nuevas infraestructuras<sup>1682</sup>, mal menor visto en la globalidad de los servicios al usuario y consumidor y a los competidores.

El otro gran objetivo, consiste en que las infraestructuras y los servicios que se prestan a través de ellas traen consigo beneficios para toda la sociedad. Surge así la necesidad de imponer obligaciones en aras de que toda la población pueda acceder a los servicios o a los servicios que por sus características son considerados como servicios de interés económico general. Y que se acabe imponiéndolo que se ha denominado como servicio universal<sup>1683</sup> o la asunción de otras obligaciones de servicio público. Dicha prestación lleva inmerso que en algunos supuestos se financie dicha prestación a través de fondos de financiación o de la imposición de tasas.

Ahora bien, la particularidad de estos mercados, es la existencia de regulación asimétrica<sup>1684</sup> entre los operadores, los consumidores y la misma Autoridad Reguladora y principalmente entre el operador que ostenta la posición de dominio respecto de sus competidores<sup>1685</sup>. Para nivelar esta situación se hizo necesario e indispensable la inclusión de obligaciones de transparencia, no solamente en lo referido a los precios o costes de los servicios, sino obligaciones de contabilidad separadas. La inclusión de estas medidas tiene como finalidad evitar la consolidación o surgimiento de nuevas barreras de entradas y el abuso de los operadores respecto de sus clientes y de sus mismos competidores.

#### 8.1.2. Instrumentos de Intervención

Si bien atendiendo a las particularidades de cada sector los objetivos a ser alcanzados por parte de la regulación sectorial, son cuatro los instrumentos que tradicionalmente se utilizó para determinar las reglas de un mercado o de un sector en particular<sup>1686</sup>.

---

<sup>1682</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp. 61. De la misma manera, el desarrollo de infraestructuras genera efectos positivos que no serán percibidos por el operador ya instalado (incumbentes) si no puede apropiarse de los rendimientos de dicha inversión debido a las obligaciones de servicio universal o de interconexión, con el consiguiente riesgo de inversión insuficiente en infraestructuras o desarrollo de nuevos productos. De hecho, la difícil conciliación de los objetivos de fomento de la entrada de nuevos competidores e incentivo a la innovación por parte del operador ya instalado ha venido siendo uno de los principales retos de la regulación sectorial de telecomunicaciones.

<sup>1683</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”. En VVAA: *I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación Económica*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2009. Pp. 463-536.

<sup>1684</sup> PINDYCK, ROBERT S. y L. RUBINFELD, ROBERT S. MICROECONOMÍA... Op. cit. 713.

<sup>1685</sup> Inicialmente, producto de la liberalización de los servicios el inconveniente provenía fundamentalmente de la información que poseían los operadores establecidos respecto de sus competidores.

<sup>1686</sup> PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados*...Op. cit. 231.

REGULACION DE ACCESO	REGULACIÓN TARIFARIA O ECONOMICA	REGULACIÓN TÉCNICA	REGULACIÓN DE COMPETENCIA.
Su finalidad es que los dueños de las infraestructuras, principalmente operadores verticalmente integrados y que controlan las infraestructuras <sup>1687</sup> , eviten la entrada de nuevos operadores para la prestación de servicios, se les impongan las obligación de dar acceso a los entrantes en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias y cualquier decisión que se imponga debe atender al principio de proporcionalidad <sup>1688</sup> .	Estableciendo los precios en los que se garanticen que estos corresponden a los costes de prestación de cada uno de los servicios.  Asimismo lo que se pretende es que los operadores con posiciones de dominio pueden establecer precios elevados o muy superiores en los servicios mayoristas a los cobrados en los mercados minoristas constituyéndose en una barrera de entrada para nuevos competidores o la eliminación de los existentes en el mercado, a esta práctica es la que se la denominado como (comprensión de	Mediante el cual se determina que todos los productos y servicios sean prestados en condiciones de calidad. La finalidad es proteger a los consumidores y a los usuarios finales de los mismos.  De allí que medie la imposición de obligaciones de servicio público particularmente las de servicio universal, para dar cumplimiento a las finalidades del Estado y del interés general <sup>1690</sup>	Implica que a través de la supervisión se monitoree a los agentes con el fin de que estos no realicen conductas empresariales en contra del mercado que puedan afectar tanto al mercado si no a la propia regulación.

<sup>1687</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Fundamentos e... Op. cit. Pp. 223. *La transformación indicada ha exigido la implantación de reformas estructurales de diferente tipo: la legislación reguladora de cada sector ha impuesto, en algunos casos, la separación vertical entre la titularidad de una infraestructura de red y la prestación de los servicios a través de la misma. En otras ocasiones, se ha mantenido la compatibilidad entre ambas actividades pero, en todo, caso imponiendo que cualquier operador distinto del titular de la red pueda acceder a ella y se ha tratado de un modo neutral, de forma que la competencia se desarrolle sin desigualdades.*

<sup>1688</sup> *Ibíd.* Pp. 228. Tal como indicábamos los problemas de acceso surgen una vez se inició la liberalización. La mayoría de las medidas tendentes a garantizar el acceso fueron en su mayoría de carácter regulador, sujetas a la aplicación de una serie de principios concretos tales como la no discriminación, la transparencia, objetividad y un aspecto fundamental es la cuantificación económica ya que dicho acceso implica unos costes los cuales deben ser sufragados de allí que estos puedan adoptar la forma de tarifas, precios o peajes. En cuanto a los principios, las finalidades que se buscan con cada uno de ellos son:

- No discriminación: Determinación de las condiciones de acceso y los supuestos en los que se puede denegar.
- Transparencia: Relacionado directamente con los aspectos tanto económicos y financieros, lo cual implica la obligación de llegar una contabilidad adecuada, en muchos casos contabilidades separadas con el fin de evitar cualquier tipo de subvención cruzada y por consiguiente que se garantice la igualdad de trato.
- Objetividad: en el sentido que las decisiones que se adopten deben atender a unos criterios preestablecidos tales como el correcto funcionamiento de la instalación, los precios. Su finalidad es evitar la discrecionalidad a supuestos técnicos o en aquellas circunstancias en las que es imposible predecir.
- Orientación a costes, consiste en que los precios o peajes deben orientarse al coste de la prestación, a los cuales debe añadir un margen de beneficio industrial razonable.

	márgenes y/o estrechamiento de márgenes o margin squeeze) <sup>1689</sup> .		
--	---	--	--

**Cuadro 78 - Fuente Carlon Ruiz, Pascual y Muñoz Machado - Creación Propia: Regulación Económica, Instrumentos de Intervención.**

La regulación tiene como uno de sus objetivos la distribución de los recursos, en un entorno competitivo y en el que las empresas puedan obtener beneficios por los servicios y actividades que presten. Pero también el regulador está obligado a que la consecución de este objetivo sea compatible con la satisfacción de las necesidades de interés general. Cabe pues que se pueda optar por la prestación directa de los servicios, lo cual constituye en una exclusión incluso del propio mercado como sucedía tradicionalmente, o que se designen operadores encargados de la prestación de este tipo de obligaciones para satisfacer estas obligaciones de interés general.

Todo este conjunto de instrumentos de actuación propios de la regulación *ex ante* se concretan en una serie de normas que bien pueden ser generales o concretas, aplicables a los operadores o a un solo operador. Dichas normas se convierten en los criterios orientadores de la actuación de los agentes participantes del mercado y las condiciones de su participación, por lo que puede afirmarse que la regulación cuenta con un conjunto amplio de instrumentos<sup>1691</sup>, los cuales no han sido otorgados a la propia Autoridad de Competencia.

Efectivamente la regulación puede modificar el régimen de obligaciones pasando de obligaciones de no hacer a obligaciones de hacer. Por consiguiente, su finalidad en la mayoría de los casos, es garantizar el acceso o bien a la red o a los recursos esenciales, donde no solo imponen la obligación de hacer consistentes en acuerdos de acceso o de interconexión, sino también en imposiciones de no hacer operador al dueño de la infraestructura, además, inclusive, de la determinación de los precios a pagar por dicho acceso. Lo que redundará en la existencia de reglas y de seguridad para el ingreso de nuevos operadores.

<sup>1690</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Fundamentos e... Op. cit. Pp. 177.

<sup>1689</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “La regulación económica como barrera a la competencia liberalización y política de mejor de su calidad”. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas.2011, Pp. 25-47. Los mecanismos previstos a la regulación implican a su vez limitaciones a la actividad económica y al propio carácter competitivo. De allí que la intervención o controles *ex ante* ejercido por parte de las autoridades reguladores como sucede en materia de precios, a pesar de su carácter pro competitivo, en cierran en sí mismos, limitaciones a la autonomía de actuación de las empresas en los mercados.

<sup>1691</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “*Ex ante - ex post...* Op. cit. Pp. 4. “Sin embargo, si se trata de establecer correspondencias con el derecho, se dirá, desde el punto de vista jurídico que el *ex ante*, en lo que corresponde a la regla que se formula antes de que lleguen los comportamientos apuntados, evoca la figura de la ley. A partir de allí, el comportamiento de que se trata es dictado (por la prescripción o por la prohibición) antes de que la persona actué. Si el comportamiento no está conforme con la prescripción general (obligación de hacer o no de no hacer) o individual (obtención de una autorización previamente requerida a la acción, por ejemplo, para ejercer la actividad de servicio de inversión o para lanzarse a la producción de energía), entonces, el que actuó será sancionado.

Particularmente, la regulación se puede aplicar de manera asimétrica, una vez se constate que un operador cuenta con una posición significativa en el mercado, imponiéndole obligaciones específicas con la finalidad de que éste no consolide aun más posición o abuse de ella. Yello se puede realizar, atendiendo a que las medidas tienen un carácter preventivo, mientras que el resto de competidores no las sufren, lo cual se constituye en una de las diferencias fundamentales respecto el derecho de la competencia, en el sentido de que esta solamente utiliza sus instrumentos una vez se constate la existencia de la infracción, en este caso el abuso de la posición de dominio.

Una de las particularidades de la regulación *ex ante*, es la supervisión y seguimiento constante de los mercados, intervenir en ellos para garantizar la continuidad del mismo, de los servicios que en ellos se prestan y de las actividades que en él se prestan. En cambio, los supuestos en los que el derecho de la competencia interviene, están sujetos a la aplicación de casos concretos y en momentos determinados, como sucede en el ámbito de las concentraciones empresariales. Es decir, la labor de las autoridades encargadas de la aplicación de la regulación *ex ante* es la determinar cuál debe ser la estructura de los mercados y fijar las condiciones tanto económicas y las condiciones de calidad de cómo deben prestarse los servicios, aspecto que no ha sido encomendado a la autoridad de competencia y que se constituye en la diferencia fundamental entre estas dos culturas jurídicas<sup>1692</sup>.

## 8.2. DERECHO DE LA COMPETENCIA. Objetivos e Instrumentos de Intervención

La principal finalidad del Derecho de la Competencia, se concreta en el correcto y adecuado funcionamiento de los mercados, la preservación del interés general<sup>1693</sup> y la protección del interés público<sup>1694</sup>, para lo cual deben existir una serie de condiciones para la existencia de una competencia efectiva<sup>1695</sup>. De allí que a través de sus diversos instrumentos, se pueden evitar que las fusiones reduzcan el mercado y por consiguiente la competencia; la eliminación de los carteles o impedir que las empresas abusen de su posición de dominio en detrimento de los

---

<sup>1692</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “*Nuevo Marco Institucional*”. Jornada sobre la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organizadas por IE law School Executive Education. Viernes 22 de noviembre de 2013.

<sup>1693</sup> CASES, LLUIS. “*Regulación y Competencia. Límites y conexiones*”. En VVAA: *I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación Económica*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2009. Pp. 425-462.

<sup>1694</sup> ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “*Comunicaciones....* Op. cit. Pp. 75 y ss.

<sup>1695</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “*Autoridades de defensa de la competencia y reguladores sectoriales: A propósito de la STS de 6 de octubre de 2010*”. En VVAA: *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Nº. 9, 2011. Pp. 151-158. La tendencia imperante es que las competencias de las autoridades competencia no pueden ser usurpadas por otras autoridades, ya que corresponde a las primeras declarar conductas contrarias a la libre competencia y por consiguiente imponer las sanciones que hayan lugar en la Ley de Competencia. Por lo tanto al hilo de la sentencia que se analiza, Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso de casación Núm.: 1338/2008. Sentencia de 06 de octubre de 2010. Ponente Excmo. Sr. MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, Un regulador, no puede declarar la existencia de abusos de posiciones de dominio e imponer medidas tendentes a restablecer la competencia, cuando la declaración de estas conductas corresponde manera exclusiva a la autoridad de competencia.

consumidores y, en el ámbito comunitario, evitar que cualquier Estado miembro pueda distorsionar la competencia a través de las ayudas estatales<sup>1696</sup>; se trata de eliminar conductas y comportamientos que pueden conducir a que se dé un cambio en el mercado o conduzcan a restricciones en la competencia<sup>1697</sup>.

Estos elementos en común siguiendo a CASES<sup>1698</sup> *que el derecho de la competencia no es otra forma de regulación, es una alternativa a la regulación*. Su particularidad es que se aplica a todos los sectores, especialmente a los sectores abiertos totalmente o parcialmente a la competencia, con carácter horizontal, ya que se aplica a todas las actividades económicas abiertas a la competencia.

Su implantación es de carácter simétrico, atendiendo a que se considera que todos los agentes se encuentran en la misma posición jurídica, pudiendo desde esa horizontalidad combatir las posiciones de dominio, *ex post*<sup>1699</sup>.

Su característica fundamental es que cuenta con un órgano especializado de tipo jurisdiccional, encargado de determinar las consecuencias de las actuaciones realizadas por parte de los operadores dentro de la libertad que se les ha asignado<sup>1700</sup>.

No puede dejarse de lado tres aspectos fundamentales del Derecho de la Competencia como indica MONTERO PASCUAL<sup>1701</sup>, el primero, la tendencia reguladora del Derecho de la Competencia; segundo la relación que se da entre la normativa de la competencia y la liberalización de las industrias de red y tercero, los límites del Derecho de la Competencia.

Respecto del primer aspecto, el Derecho de la Competencia Europeo incorpora ciertos criterios reguladores, en el entendido de que las actividades que son realizadas por parte de todas y cada una de las empresas deben ajustarse al interés general<sup>1702</sup>. De ahí que el artículo 102 del TFUE, establezca fórmulas no solamente para garantizar la defensa de la estructura competitiva de los mercados, sino que implícitamente se busca garantizar la defensa de los usuarios y de sus intereses, cumpliendo de esta manera labor de intervención y una función de carácter regulador.

En cuanto a las relaciones de defensa de la competencia y el proceso liberalizador, la introducción de las primeras condujo a que los objetivos que pretendían ser alcanzados, que eran la apertura del mercado y crear competencia en los mismos, se realizaran caso a caso. Su incorporación al proceso liberalizador trajo consigo la introducción de instrumentos tendentes a limitar o restringir conductas que limitaran la competencia en los mercados creados con una clara tendencia oligopolística.

---

<sup>1696</sup> ALMUNIA, JOAQUIN. *"Competition v Regulation..."* Op. cit. Pp. 4.

<sup>1697</sup> ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. *"Comunicaciones..."* Op. cit. Pp. 76.

<sup>1698</sup> *Ibíd.* Pp. 426. *Pero en tanto que intervención pública, los objetivos a perseguir son los mismos que se defiende mediante la regulación, esto es, el interés general. No obstante, como se verá siguiendo al juez Breyer, el derecho de la competencia no es otra forma de regulación, es una alternativa a la regulación.*

<sup>1699</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. *"Las dos caras de Jano..."* Op. cit. Pp. 7-8

<sup>1700</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. *"Ex ante - ex post..."* Op. cit. Pp. 4

<sup>1701</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión de los Mercados...* Op. cit. 224 y ss.

<sup>1702</sup> *Ibíd.* Pp. 234.

El inconveniente que se plantea con respecto al Derecho de la Competencia es que por sí solo no puede satisfacer las necesidades y al propio interés general que llevan inmersas los sectores en red y sus industrias. Y así los objetivos previstos como el acceso universal o las obligaciones de servicio público, son ajenas a la propia normativa de la competencia<sup>1703</sup> ya que este instrumento de intervención tiene como objetivo la eficiencia del mercado y a través de cada caso, sumados todos ellos, es como crea un mecanismo para garantizar el interés general.

Asimismo, tal como lo apuntábamos en la parte introductoria de este capítulo, el Derecho de la Competencia por sí solo en determinados escenarios no garantiza por sí solo la existencia de una competencia efectiva, siendo necesario la utilización de otros instrumentos para restablecer el equilibrio. De allí que exista una relación entre la prevención y la intervención, que son criterios complementarios. La introducción de la normativa de la Competencia en las industrias de red se ha incorporado para garantizar la preservación de la competencia y corregir las desviaciones que pueden tener un mercado en particular. En los supuestos de que no existe competencia, las reglas propias de la legislación anticoncurrencial son insuficientes de allí que sea la regulación la que venga a cumplir el papel de garante para su creación.

Y por último, en cuanto a los límites que tiene el Derecho de la Competencia, vienen dados en primera medida por la misma naturaleza y características de los sectores con infraestructuras de red, los cuales tienen una clara tendencia a que se creen monopolios. Un segundo aspecto, es la existencia de oligopolios o duopolios y por consiguiente coordinación en comportamientos entre los prestadores de servicios y por último la insuficiencia que tiene el Derecho de la competencia de satisfacer intereses generales, siendo las empresas de las industrias en red las encargadas de garantizar el servicio universal y otro tipo obligaciones, que dentro del esquema propio del derecho de la competencia no se avala ya que el mercado busca la eficiencia y no que se tenga que garantizar determinadas prestaciones a precios asequibles para la generalidad de la colectividad o prestar servicios en zonas con escasa o nula rentabilidad<sup>1704</sup>.

#### 8.2.1. Objetivos

Debe atenderse que si bien la regulación *ex ante* tiene unos rasgos comunes en cuanto a los instrumentos a aplicar, algunas características y criterios responden a las particularidades propias de cada sector, respondiendo a las necesidades existentes y la evolución propia del mercado una vez fue liberalizado. La tendencia como lo analizaremos posteriormente, es que en muchos aspectos sigan criterios generales o metodologías provenientes del derecho de la competencia, pero en otros aspectos puede ser contrarios a los postulados de la política de competencia.

---

<sup>1703</sup> Ibíd. 234. *Una competencia efectiva debe reducir los costes y ampliar los mercados, pero en ningún caso está llamada a garantizar un precio asequible para todos los ciudadanos o la disponibilidad del servicio en zonas no rentables. El Derecho de la Competencia no es el instrumento de intervención pública llamado a garantizar estos objetivos de interés general.*

<sup>1704</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “Las dos caras de Jano... Op. cit. 8.

La diferencia fundamental respecto al amplio espectro de objetivos que quieren ser alcanzados por parte de la regulación sectorial es la simplicidad en los objetivos a ser alcanzados por la política competencia que son la consecución de un mercado altamente competitivo y de la eficiencia en el mismo, tal como precisa CALVIÑO SANTAMARIA<sup>1705</sup> ... *en los últimos años se observa un creciente énfasis en la necesidad de reforzar <<la independencia>> en la toma de decisiones y concentrar los distintos instrumentos de defensa de la competencia en un mercado único objetivo: la maximización de la eficiencia.*

Por consiguiente, el elemento característico de la Política de Competencia y del Derecho de la Competencia, no es dar solución a los fallos del mercado, tal como sucede en la regulación sectorial, sino en el proceso competitivo y por consiguiente en la eficiencia productiva, procurando las condiciones para mantener o para crear o mantener el mercado<sup>1706</sup>. Si bien, la finalidad es que exista competencia dentro del ámbito de la libertad de empresa, esto no quiere decir, que las actuaciones de los agentes no se enmarquen dentro de un conjunto de límites que se resumen, en que no pueden abusar de una determinada posición a través de su conducta individual o colectiva que afecte o deteriore la competencia existente en los diversos mercados<sup>1707</sup>.

En resumen, los objetivos fundamentales del Derecho de la Competencia son, en primer lugar la de defensa del proceso competitivo en los mercados y no de los competidores y en segunda medida que se garantice la libertad de empresa y la toma de decisiones a nivel empresarial, evitando inferencias injustificadas sobre el normal desarrollo de la actividad empresarial, como si sucede en el ámbito de la intervención *ex ante*. La finalidad de ambos instrumentos es la de garantizar la existencia de una competencia real<sup>1708</sup>.

#### 8.2.2. Instrumentos de Intervención

Al igual que sucede con la regulación económica, la defensa de la competencia cuenta con algunos instrumentos que se enmarcan en tres líneas principales a saber<sup>1709</sup>:

---

<sup>1705</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. *“Regulación y competencia en telecomunicaciones...”* Op. Cit. Pp. 61.

<sup>1706</sup> CASES, LLUIS. *“Regulación y...”* Op. cit. Pp. 426. *O utilizando las palabras del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Abe Fortes, el derecho de la competencia es una forma de acción no planificada de los poderes públicos.*

<sup>1707</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. *“La regulación económica como...”* Op. cit. Pp. 37. *Como se ha señalado, esta regulación encuentra buena parte de su justificación en la necesidad de abrir a la competencia mercados hasta ahora cerrados a la misma, a la vez que el fomento de la actividad competitiva. En el marco de esta función, la presencia de la regulación, tendría que ser transitoria, de manera que debería ser progresivamente suprimida en la medida en que estableciera un marco de competencia efectiva.*

<sup>1708</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS. *“Revisión del marco regulador...”* Op. cit. Pp. 670.

<sup>1709</sup> CASES, LLUIS. *“Regulación y...”* Op. cit. Pp. 428. Debe realizarse la distinción entre las normas de competencia, las cuales persiguen dos tipos de conductas a saber, la primera, las que realizan dos o más operadores económicos cuyo objeto o efecto es restringir la competencia, segunda, la posición de dominio y



<b>LUCHA CONTRA LAS CONDUCTAS RESTRICITVAS DE LA COMPETENCIA</b>	<b>CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES</b>	<b>INFLUENCIA SOBRE LAS ACTUACIONES DEL SECTOR PÚBLICO</b>
Se analizan las practicas colectivas, ya sean acuerdos o prácticas concertadas) o conductas unilaterales tales como el abuso de la posición de dominio, la cual puede ser individual o colectiva.	Siendo el único mecanismo de carácter <i>ex ante</i> del derecho de la competencia, su finalidad es evitar la concentración pueda alterar la composición del mercado y de la competencia imperante en el mismo.	Mediante recomendaciones a lo que se le ha denominado advocacy o con la capacidad para controlar las decisiones que quieren adoptarse, particularmente en el caso de las ayudas públicas.

**Cuadro 79 - Fuente Velasco San Pedro - Creación Propia: Derecho de la Competencia Instrumentos de Intervención.**

Tal como se observa en el artículo 5 de la Ley 3 de 2013, en su Capítulo II “Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia” con carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, la Dirección de Competencia de esta entidad será la encargada de instruir los expedientes, y será el Consejo de la CNMC el encargado de imponer las sanciones que hayan lugar. En lo que respecta a la instrucción de los expedientes que pueden acarrear la imposición o no de una sanción, éstos se inician cuando existe un indicio sobre la existencia de la conducta, ya sea de oficio o a raíz de una denuncia, siendo la finalidad de este tipo de procesos que la conducta realizada cese y se imponga las sanciones que haya lugar.

No se puede dejar de lado que una de las principales funciones que ha venido desempeñando las Autoridades de Competencia, como producto de las labores que realizan, de elaborar recomendaciones, guías a lo que se la denominado como “*soft law*” o *reglas indicativas de conducta*, las cuales pueden tener cierta incidencia práctica en el mercado y determinar los derroteros de la política de competencia en ciertos aspectos, o recomendar modificaciones a la normatividad vigente o la existente en materia regulatoria.

### **8.3. PUNTOS DE RELACIÓN ENTRE LA REGULACIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

La problemática procede de la incertidumbre en la aplicación de estos dos tipos de instrumentos jurídicos por parte de una misma autoridad. Si se analiza desde una perspectiva tradicional, la regulación *ex ante* se caracteriza por la definición de las reglas del mercado o las condiciones de acceso al mismo (de allí que sea considerado como una barrera<sup>1710</sup>) por parte del regulador a

---

el abuso de dicha posición. En el ámbito comunitario, que a su vez es el sistema español, además de las conductas objeto de análisis en el sistema norteamericano, se incluyen el control de las ayudas públicas y el control de las concentraciones económicas.

<sup>1710</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “*La regulación económica como...* Op. cit. Pp. 27. Quien precisa que cualquier forma de intervención, en este caso concreto debe considerarse a la regulación como un obstáculo para el desarrollo de la actividad a ser realizada por parte de los agentes del mercado, de allí que sea una barrera de carácter normativo o de control, de allí que la tendencia imperante en la actualidad es su

través de un reglamento o un acuerdo que puede ser de carácter general a todos agentes del sector o particular cuando se definen obligaciones específicas para un agente; y la intervención *ex post* a través de las sanciones.

En determinados supuestos, la regulación económica o *ex ante*, puede ser sustraída, pero esto no indica que la intervención de los poderes públicos sea eliminada, sino que se ha apostado por la defensa de la competencia como instrumento que viene a verificar el cumplimiento efectivo de los objetivos alcanzados por parte de la regulación, a través de mecanismos distintos<sup>1711</sup>.

Tal como afirma CALVIÑO SANTAMARÍA<sup>1712</sup>, la decisiones que se adoptan en el ámbito de la regulación sectorial y el derecho de la competencia, tienen puntos de coincidencia, ya que en la mayoría de casos se aplican las metodologías provenientes del derecho de la competencia, lo que da un cierto criterio de homogeneidad, actuando de manera complementaria.

En sectores tales como el de las comunicaciones electrónicas desde la introducción de las Directivas del año 2002, el Derecho de la Competencia, cumple un papel fundamental para la definición de los mercados, controlar a los operadores con peso significativo en el mercado y la imposición de obligaciones<sup>1713</sup>. Pero a pesar de esta aplicación complementaria, pueden existir conflictos o divergencias que deben analizarse desde un punto de vista sustantivo en relación a la aplicación de las materias específicas a casos concretos o de la aplicación por diversas entidades u órganos especializados como lo son las Comisiones Reguladoras y las Autoridades de defensa de la Competencia<sup>1714</sup>.

Es necesario determinar el alcance de las materias objeto de análisis por parte de los Órganos competentes para la aplicación del Derecho de la Competencia y de la Regulación, a efectos de

---

eliminación o su aplicación a determinados y reducidos supuestos, lo que conducido a que existan procesos de mejorar la regulación o a su locución inglesa de *better regulation*, con el fin de determinar si la regulación que pretende ser implantada es la más óptima y es la que menores costes deriva tanto para el operador como para el regulador para su incorporación por el primero dentro de su estructura de costes y para el regulador en su labor de seguimiento y monitoreo de las medidas aplicadas en un determinado sector.

<sup>1711</sup> CASE, LLUIS. “Regulación y... Op. cit. Pp. 428. *Los poderes públicos no definirán ex ante y de modo estático las conductas que han de desarrollar los operadores económicos. Delimitarán un campo de juego de amplios contornos en el que las empresas deberán moverse y adoptar las decisiones que libremente estimen más interesantes a sus intereses. La intervención pública procederá cuando las conductas de los operadores alteren las condiciones del campo de juego en su propio beneficio generando una sustitución de las reglas del juego libre.*

<sup>1712</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp.

64.

<sup>1713</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “La aplicación de las... Op. cit. Pp. 36.

<sup>1714</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los...* Op. cit. Pp. 235. Si bien, pueden existir puntos de divergencia viven dados por el carácter prescriptivo y precio de la regulación en cada uno de los sectores, lo que implica que las medidas que se impongan puedan conducir a que no se contemplen todas las situaciones circundantes de un caso concreto, el carácter general de las normas de competencia puede suplir estos vacíos, configurándose como una garantía de seguridad de la propia regulación.

comprobar si efectivamente existe una delimitación efectiva entre Regulación y Competencia y por consiguiente la aplicación de criterios divergentes<sup>1715</sup>.

Si bien, ambas formas de intervención garantizan la efectividad de la competencia en los mercados, siguen caminos distintos. Por eso mismo se generan puntos de divergencia entre ambas<sup>1716</sup>, más aun cuando existen puntos de encuentro respecto a los objetivos que pretenden ser alcanzados que inciden directamente en la asignación de atribuciones tanto en el ámbito regulatorio como en el derecho de la competencia.<sup>1717</sup>

Se ha considerado como regla imperante en el Derecho español antes de la creación de CNMC<sup>1718</sup>, que debe existir una distribución competencial entre las materias propias del derecho de la competencia y las propias de la regulación económica sectorial- Y a su vez, ello se proyecta en una distribución entre entidades especializadas en cada sector y una única autoridad.<sup>1719</sup>

Dicha distribución venía dada en razón de sus finalidades; en el ámbito del Derecho de la Competencia la atribución viene dada por la función rectora del proceso competitivo en aquellos sectores en los que la normativa sectorial reconoce capacidad de decisión a los operadores económicos; reservándose al derecho de la regulación económica la ordenación de

---

<sup>1715</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “Regulación versus competencia. Funciones y disfunciones del actual modelo”. En VVAA: XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores. Abogacía General del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid. 2009. Pp. Pp. 53-66. Quien precisa que uno de la fuente de las distorsiones en el mercado proviene fundamentalmente entre el marco normativo vigente en materia regulatorio en materia de la competencia, asó como la actuación de tanto de los reguladores como de las autoridades de competencia respecto de las atribuciones asignadas a cada una, lo que puede derivar en enfrentamiento o contradicciones no sólo de carácter nacional, sino en el contexto europeo.

<sup>1716</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Autoridades de defensa...Op. cit. Pp. 153.

<sup>1717</sup> Ibíd. Pp. 153. Bajo el marco normativo que existía antes de la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se estableció una clara delimitación entre las funciones propias en materia de defensa de la competencia, asignadas de manera exclusiva a la Comisión Nacional de la Competencia, y la salvaguardia de la competencia a los organismos reguladores, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Energía y Comisión Nacional del Sector Postal, cuya finalidad era de fomentar la competencia, que los agentes participen en los mercados respetando los principios de la libre competencia y que el funcionamiento del mercado sea transparente. La verificación de las condiciones de competencia en los mercados se realizaban mediante la regulación ex ante de allí la diversidad de mecanismos otorgados. Tal como lo precisa LAGUNA DE PAZ estos instrumentos eran *controles preventivos y títulos habilitantes; régimen de acceso e interconexión; asignación de recursos escasos, imposición de obligaciones de servicio público*. Asimismo, cuando en el desempeño de su tarea advirtieran la presencia de comportamientos anticompetitivos, deberían proceder a comunicárselo a los órganos de defensa de la competencia, con el fin de que esos iniciaran la investigación con el fin de determinar si existía la transgresión a la normativa de competencia y por consiguiente se impusiera la sanción de acuerdo con la gravedad de la conducta.

<sup>1718</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS. “Las autoridades de competencia...Op. cit. Pp. 460 y ss.

<sup>1719</sup> CASE, LLUIS. “Regulación y... Op. cit. Pp. 439. Quien a su vez precisa, que si bien existe una relación dinámica entre las normas de competencia y la regulación, se debe tener en cuenta que las primeras tienen como característica principal de ser los rectores del proceso competitivo en aquellos espacios en los que los operadores económicos tengan capacidades de decisión. La exclusión o el carácter sustitutivo de la regulación viene dado, cuando la normativa regulativa determina todos aspectos que limitan el comportamiento de los agentes y la posibilidad de maniobra, de allí que se excluya el derecho de la competencia.

las conductas de los operadores en los correspondientes mercados que resultan objetivamente predeterminadas por la normativa correspondiente.

Desde esta perspectiva la relación entre competencia y regulación es dinámica y evolutiva y depende del grado de intervención derivado de la regulación económica y de las normas concretas en cada uno de los sectores. De ahí que en determinados supuestos la regulación sectorial se constituya en un instrumento para la promoción y defensa de la competencia<sup>1720</sup>, más aun cuando los sectores que regulan se caracterizan por contar con grandes infraestructuras o redes para la prestación de sus servicios, lo que se traduce en que sea el regulador el que defina las reglas de juego para que la competencia pueda desarrollarse, promoverla y por consiguiente defenderla, limitando si es posible la libertad de empresa<sup>1721</sup>.

Atendiendo a estas particularidades son diversos los remedios que la regulación utiliza, atendiendo al sector en concreto, pero existen unos rasgos particulares que se aplican con el fin de alcanzar los objetivos provenientes del interés general<sup>1722</sup>. Cuando no sea posible generar la competencia en infraestructuras, puede asignarse a una empresa en concreto que sea encargada de la prestación del servicio; en otros supuestos, lo que se ha pretendido es garantizar la competencia en servicios, y que se utilice las infraestructuras existentes para la competencia. Los instrumentos que se adopten por parte del regulador se orientan fundamentalmente a que se permita el acceso a los demás operadores o se lleguen a imponer obligaciones de separación sea esta contable, funcional o jurídica de las actividades a efectos de evitar la consolidación de prácticas que afecten el normal desarrollo del mercado.

La política que inicialmente fue adoptada, consistía en que la competencia se diera entre los servicios prestados a través de las redes existentes, como un paso previo a la construcción de nuevas infraestructuras para la consecución del objetivo de competencia entre infraestructuras. Así los mecanismos de intervención se han orientado a la imposición de obligaciones a los operadores existentes en los mercados, particularmente a los operadores dominantes, a través de regulaciones asimétricas, por los cuales se garantizaba de algún modo la inserción de un nuevo operador o nuevos operadores<sup>1723</sup>. Como un último aspecto nos encontramos en presencia de la imposición de determinadas obligaciones para la consecución de intereses generales cuya finalidad como hemos indicado previamente consiste en generar y posteriormente consolidar la competencia, medidas en su mayoría conseguidas mediante la

---

<sup>1720</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y... Op.cit. Pp. 91 y ss.

<sup>1721</sup> Sobre lo que respecta a los servicios de red, estos se caracterizan por dos aspectos fundamentales que tienen incidencia directa en el mercado y la posibilidad de que estos sean competitivos, de allí que estos sectores cuente con economías escala y de alcance, la existencia de grandes barreras de entrada y los costes marginales son nulos. De allí que la posibilidad de que la infraestructura sea replicada por parte de los demás competidores sea en muchos casos improbable que asuman estos costos.

<sup>1722</sup> *Ibíd.* Pp. 91

<sup>1723</sup> *Ibíd.* Pp. 92. *En el sector de las comunicaciones electrónicas, la Comisión Europea y las autoridades sectoriales nacionales confían en que la generación de competencia entre servicios será un primer escalón, que creará las condiciones para que los nuevos entrantes acaben creando sus propias redes. El resultado será la concurrencia en infraestructuras, que es lo que permite la diferenciación del producto, garantiza una competencia sostenible y una mayor penetración del servicio.*

imposición de precios asimétricos, en los que los precios de los operadores dominantes se orientan a costes, con el fin de los entrantes solo paguen precios razonables.

Entre las medidas para promover la competencia encontramos la imposición de deberes, limitaciones para la adquisición y concentración.<sup>1724</sup>

DEBER INTERCONEXION	DEBER DE ACCESO <sup>1725</sup>	SEPARACION O DESAGREGACIÓN DE ACTIVIDADES	LIMITACIONES
El objetivo finalidad es permitir la unión tanto física y funcional de la infraestructura s utilizadas por los operadores <sup>1726</sup> , lo cual permite que los servicios que hayan sido iniciados en una determinada red pueda terminar en otra. Esta interconexión, deriva en que se cobre un precio por la utilización de su infraestructura al que se le ha denominado como	Su finalidad es que los operadores permitan acceder a las infraestructuras con la finalidad de que se puedan prestar los servicios, sujetos a precios regulados <sup>1728</sup> , aproximándolos en su mayoría de veces a los costes de prestación y cuya finalidad es evitar la concreción de conductas abusivas por parte de los operadores, restringiendo	Se constituye como un mecanismo en el que se pretende que las empresas que están verticalmente integradas y dueñas de la infraestructuras esenciales, las cuales en su posición puedan restringir o afectar la competencia, sean sujetas de medidas tales, como la separación tanto contable, funcional, jurídica o patrimonial.  Asimismo, estamos en	Medidas dirigidas al operador principal o un operador que tenga una posición significativa en el mercado <sup>1730</sup> . El objetivo principal, es limitar las participaciones accionarias de este tipo de operadores, en aquellos sectores con tendencias oligopólicas y que pueden conducir a la creación de monopolios <sup>1731</sup> .

<sup>1724</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp. 63.

<sup>1725</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Fundamentos e... Op. cit. Pp. 223. Se Constituye en el elemento más importante de la liberalización, ya que a través del acceso se permite que los usuarios puedan acceder a otros servicios prestados por otros operadores y por consiguiente debe ser garantizado por parte del regulador. No se puede dejar de lado que el origen de esta obligación proviene del Derecho de la Competencia y su desarrollo principalmente por parte del Derecho Norteamericano y su jurisprudencia y posteriormente fue transpuesto e incorporado por parte de la jurisprudencia comunitaria y de las instituciones de competencia. La necesidad de regular y controlar el acceso viene dado, porque si bien la tener la titularidad sobre una infraestructura no deviene en una infracción a la competencia, abusar de dicha posición e impedir que nuevos operadores entren a los mercados, hacer necesario que se impongan obligaciones en concreto con el fin de permitir que se de hacer efectivo a la infraestructura. Tanto la regulación económica y el derecho de competencia, cuentan con elementos comunes y su finalidad es garantizar la efectividad de la competencia. En lo que respecta al deber de acceso previsto por parte de la regulación, como el elemento fundamental, para la prestación de los servicios. *Es decir, en esto casos el derecho de acceso a las redes, y el deber de facilitarlo, y los términos en que se ha de ejercer es objeto de normas que lo delimitan y concretan, de modo que la voluntad de las partes ha de ajustarse también a lo que en ella se establece.*

<sup>1726</sup> ARIÑO, GASPAS, DE LA CUETARA, JUAN MIGUEL y NORIGUA, RAQUEL. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados: las telecomunicaciones de banda ancha*. Ediciones Deusto. 2005. Otra de las principales técnicas regulatorias corresponde a la imposición de cargas de servicio público u obligaciones de servicio público. El estado debe garantizar la prestación de determinados servicios, dentro de las obligaciones que imponen corresponde al mantenimiento del servicio universal, siendo la más característica de las obligaciones, donde se debe garantizar un conjunto mínimo de prestaciones para todos los ciudadanos bajo un precio asequible en todo el territorio nacional. Dicho servicio deberá ser prestado por parte de una de las empresas prestadoras, *esta responsabilidad debe ser neutral a efectos competitivos, por lo que la empresas que lo preste no debe ganar ni perder con este servicio, lo que incorpora un necesario juego de trasvases financieros en aquellos casos en el que le precio no cubra los costes; tales costes deben repartirse entre todos los competidores o ser asumidos por el Estado con cargo a impuestos.*

precio de interconexión <sup>1727</sup> .	<p>o bien la entrada de nuevos operadores o expulsándolos de los mercados.</p> <p>La obligación de dar acceso a terceros en las propias instalaciones o servicios, se da a través de dos formas<sup>1729</sup>:</p> <p>i) La obligación de interconexión de las redes e interoperabilidad de los servicios.</p> <p>ii) La regulación específica de los cuellos de botella y la ampliación de la doctrina de las “essential facilities”.</p>	<p>presencia de este tipo medidas cuando se impone separaciones respecto a las actividades que puede realizar una empresa, de allí que cada actividad tenga un régimen tanto jurídico como legal diferente con el fin de evitar las subvenciones cruzadas entre otros aspectos.</p>	
---	---	---	--

**Cuadro 80 - Fuente Ariño, Gaspar, de la Cuetara, Juan Miguel y Norigua, Muñoz Machado - Creación Propia: Medidas para Promover la Competencia.**

El punto determinante y que suscita más conflicto, es el que corresponde cuando los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos por parte de la regulación, a su vez son protegidos y cubiertos por parte del Derecho de la Competencia. El caso principal sería el que corresponde al Abuso de Dominio, que permite no solo la aplicación de las normas comunitarias sobre esta materia previstas en el artículo 102 del TFUE, sino también, desde la perspectiva regulatorio, la imposición de obligaciones de acceso a la infraestructura, sujeto a precios orientados a costes<sup>1732</sup>, o de la existencia normas especiales regulatorias, cuya finalidad es la creación de

<sup>1728</sup> *Ibíd.* Pp. 82. Quien alude que el acceso puede tener diversos niveles que van desde la gestión operativa de redes ajenas, la utilización de las redes para el transporte del producto o la utilización de los conductos para el tendido de las redes.

<sup>1730</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Fundamentos e... Op. cit. Pp. 170 y ss. Quien alude que la separación o limitación en cuanto a las participaciones accionariales o de propiedad ha sido acogida en España, sin embargo, las limitantes a dichas participaciones pueden exceptuar cuando, se cumplen determinados requisitos o criterios en los cuales se garantice la independencia entre las empresas que desarrollen determinadas actividades reguladas y las demás empresas del grupo.

<sup>1731</sup> *Ibíd.* Pp. 96. Lo que se pretende es que no existan coordinación para la adquisición de acciones por parte por parte de un grupo en concreto y que puede repercutir en el normal desarrollo del mercado.

<sup>1727</sup> Si bien la interconexión redundante en beneficios tanto para los usuarios, como los operadores en cuanto pueden ampliar la prestación de sus servicios a través de las redes. Los grandes inconvenientes, tal como lo anuncia LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y... Op.cit. Pp. 95. Es el escaso interés por parte de los grandes operadores en facilitar la interconexión de sus redes a las nuevas empresas, lo que dificulta su consolidación en el mercado. De allí que se requiera de mecanismos en los cuales se reconozca dicha interconexión y las condiciones tanto económicas como físicas para hacerla efectiva y de esta manera contar con un mercado más o menos equilibrado en materia de prestación de servicios.

<sup>1729</sup> ARIÑO, GASPAR, DE LA CUETARA, JUAN MIGUEL y NORIGUA, RAQUEL. *Nuevo papel... Op. cit.* Pp. 104 y ss.

<sup>1732</sup> Este es uno de los aspectos que más ha suscitado inconvenientes y ha originado pronunciamientos que contradictorios, en el sentido de que se ha afirmado por parte de los operadores que la existencia de una regulación específica, excluye la aplicación de las normas de la competencia, tal como ha sucedido en los casos que serán analizados posteriormente como lo son el caso Deutsche Telekom y Telefónica.

mecanismos tendentes a evitar los abusos de la posición dominante, especialmente en detrimento de los consumidores.

Atendiendo a este tipo de inconvenientes ha sido la jurisprudencia la que ha definido el carácter sustitutivo de la Regulación respecto al Derecho de la Competencia, respondiendo al criterio de especialidad y jerarquía. Tal como lo enuncia ALFARO AGUILA- REAL<sup>1733</sup> y SALA ARQUER<sup>1734</sup>, el criterio de la especialidad prima respecto de la generalidad, lo que implica que la legislación más especializada, en este caso la regulación sectorial, excluye la aplicación de las reglas proveniente del antitrust, lo que implica que es la regulación la forma de intervención más apta y conveniente y por consiguiente permitirá determinar si la conducta de un operador debe ser sancionada o no<sup>1735</sup>.

Esta regla de exclusión de la legislación sectorial respecto a la legislación de competencia<sup>1736</sup>, solo opera en el ámbito nacional, donde efectivamente y atendiendo a la presencia de reglas de solución de conflictos entre legislaciones (en este caso entre la legislación sectorial y la de competencia) primara la legislación específica respecto a la legislación general<sup>1737</sup>. Es también regla imperante en los Estados Unidos de Norteamérica<sup>1738</sup>, principalmente en el sector de las telecomunicaciones, mercado donde es más factible encontrar este tipo de conflictos<sup>1739</sup>. La ventaja de este modelo, es que la legislación aplicable tanto en materia de competencia como en materia regulatoria, tiene origen en un mismo legislador, a diferencia de los que sucede en

<sup>1733</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. "Las autoridades de competencia...Op. cit. Pp. 461.

<sup>1734</sup> SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. "Las relaciones y delimitación de funciones...Op. cit. Pp. 51.

<sup>1735</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. "Las autoridades de competencia...Op. cit. Pp. 460 y ss.

<sup>1736</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. "Regulación sectorial y... Op.cit. Pp. 94 y ss. Quien viene a precisar *En estos casos, la regulación sectorial, la regulación sectorial se presenta como una alternativa a las normas generales de Defensa de la Competencia. De ahí que no puedan aplicarse simultáneamente, lo que generaría incertidumbre y podría dar lugar a resoluciones contradictorias. Además- en materia sancionadora-, la doble intervención estaría excluida por el principio de non bis in ídem.*

<sup>1737</sup> Tal como se precisa en el artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, donde se indica *Artículo 4 Conductas exentas por ley*

*1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.*

<sup>1738</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. "Las autoridades de competencia...Op. cit. Pp.460 y ss. Este criterio de ordenación de las relaciones entre regulación y del Derecho de la Competencia, fue resuelto en los Estados Unidos mediante la Sentencia proferida por el Tribunal Supremo caso Verizon Communications, INC v. Law Offices of Curtis V. Trinko, conocida como la Sentencia Trinko, en ella, se viene a determinar la inmunidad antitrust, lo que implica que los comportamiento de las empresas reguladas *de manera que si la conducta del dominante es objeto de regulación desde criterios de competencia- como sucede con las leyes de telecomunicaciones y la conducta del monopolista del bucle local-no se aplicará el Derecho de la Competencia. La legislación sectorial, como legislación especial, establecerá normalmente una regulación más adaptada al caso y permitirá decidir con menor riesgo de error si la conducta del incumbentes ha de ser reprimida.*

<sup>1739</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. "La regulación económica como... Op. cit. Pp. 37. Quien considera la importancia de contar con instrumentos uniformes o puntos concordantes que pongan fin a temas conflictivos y que pueden repercutir directamente el mercado de allí que el modelo establecido en los Estados Unidos sea conveniente en. Sobre el particular este autor indica *Pero quizás más importante sería, en los casos en que ello sea factible por no aparecer intereses generales necesitado de tutela específica, fijar un punto final a la regulación sectorial, al menos en aquellos aspectos que se presentan más divergentes con la competencia, como son los controles sobre precios y tarifas.*

ámbito de la Unión Europea. En la Unión Europea, a pesar de que la conducta realizada por una agente haya sido avalada por parte del regulador sectorial, no impide la aplicación posterior del Derecho de la Competencia, tal como ha sido reiterado en la jurisprudencia comunitaria proferida en materia de telecomunicaciones en los casos de Deutsche Telekom, Telefónica y Wanadoo<sup>1740</sup>, al ser consideradas como materias diferentes, o en el mejor de los casos que la cobertura dada en ámbito de la regulación sectorial, no impide, la aplicación de las normas de competencia por parte de la autoridad competentes, en este caso la Comisión Europea, llegando a imponer sanciones y adoptar decisiones contrarias a las previstas por parte de la autoridad reguladora nacional<sup>1741</sup>, aspecto al que nos referiremos posteriormente.

La tensión existente entre uno y otro marco normativo ha generado en ocasiones, el surgimiento de zonas de fricción consecuencia del solapamiento en su actuación de los organismos competentes para su aplicación. En el caso objeto de análisis por el Tribunal Supremo en sentencia del 29 de junio de 2010 (RC 5133/2007)<sup>1742</sup>, donde se realizar una distinción entre (i) la capacidad para declarar formalmente que una determinada conducta es contraria a la competencia, que corresponde al órgano de defensa de la competencia; y (ii) la capacidad para realizar la valoración indiciaria de una conducta como adversa a la prohibición de abuso de posición de dominio, con carácter previo a la adopción de una medida correctora prevista en la legislación sectorial. Lo anterior, a efectos de determinar cuál es el criterio que debe primar, si el de la generalidad y por ende la asunción de las competencias tanto horizontales y verticales en materia de competencia en un sola entidad, en este caso particular, la autoridad de competencia<sup>1743</sup> o si bien prima el carácter especial de la normativa sectorial.

Partiendo del anterior deslinde competencial, este criterio vino a ser incorporado en el derecho español a través de la sentencia proferida por el del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2010, donde se le reconoce a la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la habilitación normativa necesaria para decidir cuando la conducta de un operador sujeto a su supervisión puede considerarse una práctica anticompetitiva prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia en los siguientes términos:

---

<sup>1740</sup> ASUNTO. T-271/03, Deutsche Telekom/Comisión, Rec. 2008, p. II-00477 y Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007, As. COMP/38.784, Wanadoo España/ Telefónica; recurrida ante el TG, As T-336/07 Telefónica y Telefónica de España/Comisión.

<sup>1741</sup> SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. *“Las relaciones y delimitación de funciones...”* Op. cit. Pp. 51. Dicha aplicación conjunta tanto de las reglas provenientes de la Regulación y del Derecho de la Competencia, viene dada cuando se traspasa los umbrales o dimensiones comunitarias, de allí que la aplicación de los criterios provenientes de la regulación sectorial, no excluye la aplicación de las normas del derecho de la competencia. La problemática en el entorno comunitario es que el Derecho de la Competencia es Comunitario y si bien la reglas aplicables a en materia regulatoria han seguido una senda con elementos comunes, esta se caracteriza por ser nacional, dado a las propias particularidades de los mercados, de allí como precisa ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. *“Las autoridades de competencia...”* Op. cit. Pp.461 *...la Comisión Europea no puede <<someter>>*

<sup>1742</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia de 29 de junio RJ/3389/2010. Recurso contencioso-administrativo núm. 5133/2007. Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

<sup>1743</sup> SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. *“Las relaciones y delimitación de funciones...”* Op. cit. Pp. 51



*Si bien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene capacidad para declarar formalmente que una determinada conducta constituye una infracción de los citados preceptos (y en esa medida la formulación del resuelve primero es incorrecta), sí puede en cambio apreciar que esa conducta tiene presumiblemente efectos contrarios a la libre competencia o abusivos de una posición de dominio, y esta valoración se configura además como presupuesto imprescindible para poder fundamentar la adopción de medidas preventivas correctoras. No se trata pues de un supuesto análogo al que se daba en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2.006, sino de un caso de valoración indiciaria de una conducta como adversa a la prohibición de abuso de posición de dominio y la consiguiente adopción de una medida correctora de las contempladas en el artículo 48.3.e) de la Ley General de Telecomunicaciones*

*El pronunciamiento de la Sala de instancia se fundamenta en el razonamiento de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de competencia para efectuar declaraciones que puedan significar la delimitación de una modalidad de conducta subsumible en una infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (...)*

*El recurso de casación, interpuesto por el Abogado del Estado, se articula en un único motivo, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de los artículos 3.a), 5.1, 10.1 y 4, 48.2 y 48.3 e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y por vulneración de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 20 de diciembre de 2004 (RC 743/2002) y de 1 de febrero de 2006 (RC 3661/2003).*

*En el desarrollo argumental de este motivo de casación se aduce que la Sala de instancia ha incurrido en error de Derecho al no reconocer las competencias y funciones que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asume en defensa de la libre competencia derivada del apartado e) del párrafo primero del artículo 48 de la Ley 32/2003, que le autoriza a la imposición de medidas específicas que deben cumplir los operadores en el mercado de las telecomunicaciones, lo que le permite utilizar, instrumentalmente, los términos y conceptos propios del Derecho de la Competencia para calificar y describir conductas, inicialmente estimables como contrarias a la libre competencia, a los efectos de la delimitación del supuesto de hecho sobre el que proyectar sus propias facultades.*

*El recurso de casación, formulado por el Abogado del Estado, debe prosperar, con base en el principio de unidad de doctrina, acogiendo los razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008 (RC 2530/2006), en que, resolviendo idéntica controversia, delimitamos las atribuciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de defensa de la competencia, en los siguientes inequívocos términos:*

*« Pues bien, no cabe duda de que para poder adoptar una medida concreta y específica de salvaguarda de la competencia -como se hace en el resuelve segundo- es preciso efectuar*

*una previa valoración de que la conducta mantenida hasta ese momento es potencial o indiciariamente contraria a la libre competencia o, lo que es lo mismo, que es potencial o indiciariamente constitutiva de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, si bien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene capacidad para declarar formalmente que una determinada conducta constituye una infracción de los citados preceptos (y en esa medida la formulación del resuelve primero es incorrecta), sí puede en cambio apreciar que esa conducta tiene presumiblemente efectos contrarios a la libre competencia o abusivos de una posición de dominio, y esta valoración se configura además como presupuesto imprescindible para poder fundamentar la adopción de medidas preventivas correctoras. No se trata pues de un supuesto análogo al que se daba en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2.006, sino de un caso de valoración indiciaria de una conducta como adversa a la prohibición de abuso de posición de dominio y la consiguiente adopción de una medida correctora de las contempladas en el artículo 48.3.e) de la Ley General de Telecomunicaciones (32/2003, de 3 de noviembre).*

*(...) En definitiva, en el caso examinado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha ejercido sus propias y específicas funciones de valorar una conducta desde la perspectiva del mantenimiento de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y ha adoptado medidas correctoras de salvaguardia. Sin embargo, ha expresado su criterio sobre tales conductas en forma que sólo correspondería a la Comisión Nacional de la Competencia, al afirmar de manera taxativa que tal conducta era constitutiva de abuso de una posición de abuso en el mercado afectado. Ahora bien, teniendo en cuenta, por un lado, que no tipifica ni define conductas contrarias a los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia sino que se limita a subsumir conductas en las previsiones de tales preceptos; y, por otro lado, que la medida adoptada en el resuelve segundo sí entra dentro de sus funciones -como sostiene también la Sala de instancia- y que, según hemos dicho, resulta necesaria una valoración previa de la conducta como concurrente de efectos anticompetitivos para poder adoptar tal medida preventiva, debemos interpretar las afirmaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el sentido de que el regulador aprecia efectos contrarios a la competencia en las conductas de Telefónica examinadas. Y si más allá de tal apreciación, la Comisión cree que la actuación de Telefónica es claramente una conducta prohibida por los artículos 1 ó 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, deberá proceder a efectuar la correspondiente comunicación al Servicio de Defensa de la Competencia en los términos previstos en el artículo 48.3.e) 2º de la Ley General de Telecomunicaciones a los efectos pertinentes de incoación de un expediente sancionador que pudiera finalizar, en su caso, con la correspondiente sanción respecto a las conductas ya realizadas.»*

*A estos efectos, cabe consignar, que el designio del legislador que informa la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, según se infiere de la Exposición de Motivos, es el de «reforzar las competencias y facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en relación con la supervisión y regulación de los mercados», para lo que se le atribuye la función de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar un entorno de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, sin perjuicio*

*de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia para sancionar los ilícitos contrarios al Derecho de la Competencia.*

*Por ello, la interpretación que propugnamos del artículo 48.3 e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, no interfiere lesivamente en el ámbito de las funciones atribuidas al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia o las que corresponden en la actualidad a la Comisión Nacional de la Competencia, derivadas de los artículos 24 y 26.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para instruir y resolver los procedimientos en materia de conductas restrictivas de la competencia y de coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales.*

8.3.1 Carácter Complementario ¿Cómo la política de competencia y la regulación del sector de la competencia interactúan como instrumentos complementarios?

Defensa de la competencia y la Regulación Económica Sectorial son instrumentos complementarios<sup>1744</sup> y compatibles, en atención a que el marco de actuación se enmarca dentro de comportamientos, conductas prohibidas y tipificadas.

Sus técnicas, trabajan juntas para alcanzar que los mercados funcionen bien. De aquí que se establezcan elementos de relación, reconocidos a través del Derecho Derivado por medio de las Directivas, cuyo objetivo ha sido el de unificar todas y cada una de las legislaciones nacionales, con el fin de que los objetivos que inicialmente querían ser alcanzados por parte por los Autoridades Nacionales Reguladores, sean los mismos de la regulación económica comunitaria.

La prevalencia del Derecho de la Competencia, en virtud de su reconocimiento como elemento principal en los Tratados Fundacionales de la Unión Europea, como afirma BETANCOR RODRÍGUEZ<sup>1745</sup>. Para que no se produzca esta afectación a la competencia, surge paradójicamente el derecho de la regulación, el cual se constituye en un mecanismo a través de sus potestades tanto normativas, reglamentarias y ejecutivas de ordenar ciertas actividades, con el fin de que se establezcan las condiciones de competencia. Dichas medidas tendrán un alcance transitorio una vez se consoliden las condiciones de competencia para que posteriormente sea el propio derecho del mercado, en este caso el Derecho de la Competencia el que actúe principalmente.

Son múltiples los supuestos en los que el legislador comunitario ha incluido los objetivos y finalidades que pretenden ser alcanzados por la regulación a favor de los ciudadanos. Por tanto, cada regulación en cada sector enuncia una serie de objetivos que se traducen en la consecución de mercados altamente competitivos<sup>1746</sup>. En los supuestos en que estos mercados

---

<sup>1744</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRES. “Autoridad de la competencia y reguladores sectoriales en el contexto del mercado con posición de dominio: Ideas y reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 20 de marzo de 2012 (asunto T-398/07, España/Comisión)”. En VVAA: Revista de derecho de la competencia y la distribución. Nº. 11. 2012. Pp. 17-34.

<sup>1745</sup> *Ibíd.* Pp. 31 y ss.

<sup>1746</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. “Las autoridades de competencia nacionales...Op.cit. Pp. 462-463.

no alcancen estos objetivos, habilita para que los mecanismos propios de la regulación se activen, para que los servicios se presten de forma satisfactoria y de esta manera se corrija la insuficiencia de la demanda, y se de solución a los monopolios naturales, mediante el acceso a las infraestructuras.

De allí que es la Regulación entre a suplir las reglas del mercado, para lo cual determina criterios para que la demanda sea satisfecha a un menor coste, define las condiciones efectivas respecto a las economías de escala, regula los monopolios naturales y controla los inconvenientes derivados respecto al suministro de los bienes y servicios de los consumidores que se encuentran en determinadas circunstancias, principalmente la circunstancia de vulnerabilidad<sup>1747</sup>.

Por consiguiente la Regulación viene a complementar los espacios o la insuficiencia propia del Derecho de la Competencia. Así afirma MONTERO PASCUAL<sup>1748</sup> *la regulación se define en paralelo a las normas de defensa de la competencia, adelantado la línea de intervención pública.*

La regulación cumple dos finalidades principales<sup>1749</sup>:

---

<sup>1747</sup> Ibíd. Pp. 463.

<sup>1748</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión de los Mercados...* Op. cit. 234.

<sup>1749</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. *“Regulación sectorial y...* Op.cit. Pp. 90

PRESERVACIÓN DE BIENES JURÍDICOS	CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS ANTE EVENTUALES FALLAS DE MERCADO
<p>Atendiendo a la importancia de los mismos y la imposibilidad de que el Derecho de la Competencia de una efectiva protección de los mismo, se ha considerado el carácter complementario de de la Regulación, respecto de aquellos bienes que llevan inmersos intereses generales:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tarea de verificación respecto de aquellas actividades que requieran de autorizaciones o controles previos, en donde se verificara si efectivamente se cumplen con los requisitos para el desarrollo de una determinada actividad en concreto.</li> <li>2. Atendiendo a la existencia de una serie de recursos que ostentan la condición de ser escasos, requieren que su asignación se realice mediante procedimientos en los que se garanticen una serie de condiciones tales como la de transparencia, publicidad, concurrencia e igualdad.</li> <li>3. En virtud de que uno de los componentes de la Regulación es la supervisión, de allí que para ciertas actividades que llevan inmerso el interés general, se hace necesario el monitoreo constante de dicha actividad.</li> </ol>	<p>Tal como lo precisábamos en la parte introductoria de este capítulo, la finalidad de la liberalización es que las actividades fueran prestadas en un entorno competitivo. En los supuestos en los que se den insuficiencias en la prestación de los servicios o fallas en el mercado, conducen a que se impongan obligaciones especiales a operadores para que dichos servicios se presten en las mismas condiciones de los servicios que se prestan en un ámbito competitivo. De allí que se hable de obligaciones de servicio público y de servicio universal<sup>1750</sup>.</p>

**Cuadro 81 - Fuente Laguna de Paz - Creación Propia: Finalidades de la Regulación.**

La regulación viene a garantizar otro tipo de objetivos allá de los previstos en la liberalización y que en muchas oportunidades pueden chocar con los criterios propios de la normativa de Competencia<sup>1751</sup>.

En todo caso, se hace indispensable que existan condicionantes en cuanto a la aplicación de ambas normativas:

1. Las actuaciones que son realizadas por parte de las autoridades regulatorias se enmarcan dentro políticas cuyos objetivos son más amplios que los previstos por parte de la autoridad de competencia.
2. El ámbito de la intervención de la autoridad de competencia, en la mayoría de casos, debería estar limitado a la protección de la concurrencia.
3. El límite de la regulación *ex ante*, es su propio carácter preventivo, predictivo de las futuras condiciones en las que se desarrollara el mercado.
4. La Autoridad de Competencia fundamenta su análisis sobre los costes reales en los cuales ha incurrido la empresa, siendo por consiguiente un control *ex post*.

<sup>1750</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp. 60 y 61.

<sup>1751</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “Regulación y competencia... Op.cit. Pp. 731.

A juicio de la Comisión Europea<sup>1752</sup>, la Regulación *ex ante* funciona mejor cuando se toma en cuenta los objetivos de la competencia, por lo que han de ser complementarias a la regulación sectorial, o como afirma LAGUNA DE PAZ<sup>1753</sup> *las normas generales de defensa de la competencia despliegan una función complementaria a la regulación sectorial, que no tiene por qué extenderse a todos los aspectos de la actividad.*

De esta manera en aquellos aspectos en los que la normativa regulatoria no cubre todos los supuestos, será la normativa de competencia la encargada de suplir estos vacíos<sup>1754</sup>. El límite al carácter de complementariedad entre la regulación y el derecho de la competencia viene dada por una serie de aspectos que condicionan la aplicación de una respecto de la otra, en el entendido que la aplicación de las normas provenientes del derecho de la competencia solamente se dirige a garantizar la protección de la concurrencia en los mercados y no incidir en las actividades y políticas que están asignadas a las autoridades reguladoras<sup>1755</sup>.

El otro aspecto a tener en cuenta, es el correspondiente a los enfoques que la regulación *ex ante* aplica tiene respecto al derecho de la competencia. La Regulación, se caracteriza por su carácter prospectivo, consistente en realizar proyecciones a futuro de cómo serán las condiciones del mercado; es una forma de anticiparse a los efectos posibles de las medidas y determinar si éstas pueden lograr el objetivo concreto que es la consolidación del mercado y la reducción o eliminación de los fallos del mercado, mientras que en la visión *ex post*, la valoración que se realiza responde a determinar si las situaciones acontecidas en el pasado afectaron el normal desarrollo del mercado<sup>1756</sup>.

---

<sup>1752</sup> ALMUNIA, JOAQUIN. "Competition v Regulation...Op. cit. Pp. 4 y ss.

<sup>1753</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. "Abuso de posición dominante por "compresión de márgenes" aplicando precios sujetos a regulación *ex ante*: STPI DEUTSCHE TELEKOM". En VVAA: *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Nº. 3, 2008, págs. 167-182.

<sup>1754</sup> *Ibíd.* Pp. 168. Así por, ejemplo, la regulación *ex ante* puede imponer al operador dominante obligaciones específicas con el fin de reforzar la transparencia en el mercado (separación contables, pero no puede someter sus prestaciones a un control preventivo de precios. En este caso, las normas de defensa de la competencia, evitarán que la empresa abuse de su poder de mercado (art. 82).

<sup>1755</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. "Las dos caras de Jano... Op. cit. Pp13 y ss. El carácter complementario de la regulación y del derecho de la competencia, puede ser discutible. Dicha afirmación de la autora, viene dada por los criterios que fueron incorporados por parte de la Comisión Europea en el Libro Verde sobre los Servicios de Interés General de 21 de marzo de 2003, indicando que no existía tal complementariedad, sino una cierta regla de subsidiariedad respecto a la intervención tanto del regulador como de la autoridad de competencia, específicamente en lo que respecta a la fijación de precios:

*"Cabe destacar que las responsabilidades de las autoridades de la competencia y de los organismos reguladores suelen solaparse en cierta medida. Una tarificación inadecuada puede ser incompatible con las normas establecidas por el regulador y constituir al mismo tiempo un abuso de posición dominante con arreglo a las normas en materia de competencia. Es importante, por lo tanto, delimitar claramente las funciones respectivas de los organismos reguladores y de las autoridades responsables de la competencia. En líneas generales, puede decirse que los primeros aplican normas sectoriales que, a menudo, harán superflua cualquier intervención de las autoridades de la competencia. Por otra parte, corresponde a estas intervenir cuando el regulador no esté en condiciones de garantizar el respeto de las reglas horizontales en materia de competencia o se abstenga de intervenir".*

<sup>1756</sup> ALMUNIA, JOAQUIN. "Competition v Regulation...Op. cit. Pp. 5 y ss. En el ámbito comunitario, concretamente en lo que respecta a la Comisión Europea, se reconoce el carácter complementario entre la Regulación Sectorial y el Derecho de la Competencia, destacándose el papel que ha tenido la primera en los

### 8.3.2. Aplicación Conjunta o Concurrente de Ambas Normativas

Se parte del supuesto en que tanto la regulación *ex ante*, como la regulación *ex post* protegen los mismos bienes jurídicos<sup>1757, 1758</sup>.

---

mercados de la energía y de las telecomunicaciones. Asimismo, se viene a precisar, que es el Derecho de la Competencia es general a todos los mercados y que solo habrá lugar aplicación de la regulación cuando esta sea necesario, lo cual implementación de los mecanismos con los que ella cuenta es una excepción a la regla imperante respecto de los instrumentos de intervención del Derecho de la Competencia.

*“La experiencia de la Comisión con las investigaciones sectoriales en virtud de las normas de competencia, estudios de mercado y la aplicación de la ley de competencia también ha sido clave para el desarrollo de una regulación efectiva en el sector de la energía.*

*El análisis detallado de la situación de la competencia en los mercados de la energía en Europa llevó a cabo entre 2005 y 2007 en el contexto de la investigación sobre el sector de la energía permitió a la Comisión a abrir un gran número de casos de competencia en el sector de la energía en los últimos años y lograr importantes remedios.*

*Los remedios en algunos de estos casos, incluso incluyen remedios llamados "estructurales" como la desinversión de las redes de gas y electricidad. Por ejemplo, en noviembre de 2008, el proveedor de electricidad E.ON de Alemania aceptó desprenderse de la capacidad de generación y de los activos de la red. Las soluciones en casos anti trust de la Comisión frente a los problemas de competencia concretos en las investigaciones individuales, pero la investigación sectorial también ayudaron a la Comisión a identificar mejor las deficiencias y lagunas en el marco regulatorio vigente y desarrollar soluciones normativas adecuadas.*

*Muchas de las mejoras en la recientemente aprobada "tercer paquete legislativo" para la realización del mercado interior de la energía, pueden estar directamente relacionados con los resultados de la investigación sectorial. Estos incluyen disposiciones para garantizar "desagregación" efectiva (es decir, la separación de las actividades de red y las actividades comerciales), medidas de apoyo a la integración transfronteriza de las redes energéticas, y mejoras en la supervisión reguladora.*

*El sector de las telecomunicaciones es un gran ejemplo de la regulación y de la mano de trabajo de la competencia en la mano. Normalmente es el tipo de industria en la que la regulación *ex ante* ha sido un complemento necesario de defensa de la competencia, ya que hay perdurables obstáculos económicos, a saber, los recursos heredados no replicables. Así que la regulación del acceso a las redes ha sido necesario para permitir la entrada al mercado.*

*Pero la regulación se está eliminando progresivamente, ya que la competencia en el mercado se desarrolla. En última instancia, las comunicaciones electrónicas se rijan tan sólo por la ley de competencia. Con arreglo al marco regulador de la UE de las comunicaciones electrónicas, la regulación es la excepción y no la regla. La Comisión, junto con las autoridades nacionales de reglamentación, tiene un papel que desempeñar para garantizar que la regulación sólo se impone cuando es necesario.”* (Traducción propia).

<sup>1757</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Abuso de posición...Op. cit. Pp. 168 y ss.

<sup>1758</sup> BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “La Coordinación...Op. cit. Pp. 130 y ss. Quien alude que uno de los casos más relevantes en ámbito nacional que no trascendió al entorno europeo, correspondía a los famosos “Planes Claros” que fueron ofertados por parte de Telefónica y que a juicio del competidor más inmediato la conducta desplegada tenía como objetivo obstaculizar o limitar el acceso al mercado. La conducta fue analizada tanto por la autoridad reguladora, en este caso la CMT y por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia. La CMT, argumento que la conducta no era contraria a la libre competencia, pero el TDC determino que efectivamente dichos Planes afectaban la competencia y por tal motivo se le impuso a Telefónica una multa equivalente a 8.4 millones de euros. Dichos pronunciamientos venían amparados por la provisión legal vigente en el momento, en la que si a juicio de la CMT la conducta objeto de investigación asimismo podría ser una práctica restrictiva de la libre competencia, pondría en conocimiento al Servicio de Defensa de la Competencia, suministrando todos los elementos de hecho a su alance y un dictamen no vinculante sobre la calificación de la conducta. Lo anterior sin perjuicio que la CMT siguiera adelantado su investigación conforme a las funciones que le han sido encomendadas. Este sistema, tal como lo ratificó en su momento la jurisprudencia de la Audiencia Nacional- Sala de Contencioso-Administrativo, donde se indicó

La incidencia y problemática que deriva la aplicación conjunta de ambos criterios, viene dada por la afectación de la seguridad jurídica, la confianza legítima y la propia labor del regulador<sup>1759</sup>, con el agravante del reparto competencial creado entre las diversas Autoridades, lo cual genera resultados divergentes<sup>1760</sup>.

Si bien en determinado supuestos, por la misma especialidad de la regulación, desplaza por su especificidad a la aplicación de las normas de la competencia, como lo precisamos anteriormente, esto no impide que existan excepciones. Así ocurre, cuando efectivamente la regulación viene a limitar o delimitar el marco de actuación de los operadores, pero no lo agota totalmente, permitiéndole que éste conserve un cierto margen de actuación. Esto es lo que permite que posteriormente la Autoridad de Competencia, pueda determinar si efectivamente las conductas desplegadas por parte del operador o de la empresa infringen la normativa de competencia y posteriormente sancionarlo<sup>1761</sup>.

Una práctica habitual llevada a cabo por parte de los operadores fue iniciar procedimientos paralelos entre el regulador sectorial y la autoridad de competencia, respecto de los mismos supuestos que condujeron a resultados contradictorios, con el fin de que una de las Autoridades protegiera sus derechos. Usualmente, el primer procedimiento que se iniciaba era ante la Comisión Reguladora, que a través de diversas medidas podría dar fin de manera ágil y rápida al problema generado en el sector. Si el resultado era adverso a los intereses del denunciante lo habilitaba a que acudiera ante la Autoridad de Competencia<sup>1762</sup>.

### 8.3.3. Zonas Grises

---

que este mecanismo previsto en la legislación sectorial respondía a un sistema de coordinación en el que podían coexistir ambos organismos, sin detrimento de los ámbitos competenciales asignados a cada uno de ellos, jurisprudencia que posteriormente fue modificada.

<sup>1759</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “La aplicación...Op. cit. Pp. 36. Quien afirma sobre este aspecto *Si determinados mercados de telecomunicaciones son objeto de una regulación específica por la ANR con el de asegurar la competencia en los mismos, ¿puede un operador que ha quedado sujeto a esas reglas específicas –por ejemplo, en materia de precios para suministrar el acceso a su red- ser, asimismo, objeto de un expediente de competencia relativo a las conductas en las que aplique tales precios regulados?*

<sup>1760</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Abuso de posición...Op. cit. Pp. 169. *En este supuesto, amabas normas no pueden aplicarse simultáneamente, lo que generaría incertidumbre y podría dar lugar a resoluciones contradictoria. Además- si se trata del ejercicio de la potestad sancionadora-, la doble intervención estará excluida por el principio non bis in ídem.*

<sup>1761</sup> Ibíd. Pp. 169. Esta es la situación en la que gravitan los asuntos Deutsche Telekom y Telefónica, donde se sancionó a los dos operadores por una compresión de márgenes, a pesar de que los precios de ambas compañías estaban sujetos a un control por parte de la autoridad sectorial, cuyo objetivo era promover la competencia.

<sup>1762</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los...* Op. cit. Pp. 248 y ss. Quien realiza un estudio sobre esta aplicación concurrencial, entre la Autoridad Regulatoria en este caso la CMT, el Tribunal de Defensa de la Competencia, y como los asuntos fueron resueltos en sede Judicial, anulando las medidas impuestas por la el TDC.



Uno de los principales inconvenientes, se producen por las relaciones entre los reguladores y las autoridades de competencia, un fenómeno que en el caso español pretende ser solucionado con la integración en la nueva Comisión de estas dos culturas: *Regulación y el Competencia*.

Dicha integración pretende solventar los conflictos entre sus atribuciones y resoluciones, principalmente por la existencia de resoluciones contradictorias o duplicidades en la aplicación de de ambas normativas<sup>1763</sup>. Si bien se configuran dentro de la Ley y de su Estatuto los informes preceptivos entre ambas Salas como uno de los mecanismos tendentes a evitar este fenómeno, quedan sin resolver los criterios para la resolución de los conflictos que puedan surgir atendiendo a la divergencia de criterios existentes en la Sala de Competencia y la de Supervisión Regulatoria.

La Regulación a pesar de que puede ser esencial para abrir los sectores donde existen fallas de mercados persistentes y estructurales no excluye la aplicación de la competencia, y por consiguiente los mecanismos previstos en ella no pueden servir como un criterio para que las empresas evaden la ley de competencia.

La Regulación *ex ante* puede reducir el riesgo de problemas de competencia, pero no puede eliminar por completo dichos problemas. La tendencia generalizada es que las empresas dominantes han sabido encontrar formas de burlar las normas *ex ante* principalmente porque es el operador quien suministra la información a pesar de la pericia y conocimientos especializados de las autoridades reguladores, derivando en que la regulación que se establezca pueda ser defectuosa o incompleta por los datos con los que cuenta<sup>1764</sup> (ya que la regulación tiene un carácter prospectivo respecto del impacto de la regulación en un mercado), siendo una de los principales espacios para que el derecho de la competencia entre a suplir este vacío y se habilite para la utilización de todos y cada uno de los instrumentos de corrección para el restablecimiento del mercado.

En un mercado regulado, las empresas pueden, por supuesto, argumentar que ellas están obligados a cumplir ciertas reglas y que sus conductas están amparados en las decisiones de carácter particular. Pero si hay un problema de competencia y la empresa tiene el poder de modificar su comportamiento, hay espacio para la aplicación de la competencia.

El punto determinante es cómo la nueva Autoridad podrá dar solución a dos tipos de problemas que se pueden enmarcar dentro de la Comisión y que han determinado las difíciles relaciones

---

<sup>1763</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “La regulación económica... Op. cit. Pp. 35.

<sup>1764</sup> En este tipo de supuestos nos encontramos con el problema de la asimetría de la información, descrita en el artículo de Akerlof titulado el mercado de los limones o *THE MARKET FOR "LEMONS": QUALITY UNCERTAINTY AND THE MARKET MECHANISM*, quien trata de explicar la información asimétrica y sus consecuencias derivadas en cuanto a selección adversa, ineficiencias de mercado e incertidumbre en las calidades. En este caso particular la ausencia de información o su carácter deficiente o incompleta por parte del regulador respecto de los datos con los cuenta cada uno de los operadores, condiciona la calidad de la regulación y por consiguiente puede llegar afectar las finalidades y objetivos perseguidos por ella en un mercado en concreto.

entre la autoridad de competencia y las autoridades regulatorias. Tal como indica BETANCOR RODRÍGUEZ<sup>1765</sup>, estos problemas son:

- a) Sanción por parte de la autoridad de competencia de conductas que no fueron consideradas por parte de las autoridades reguladoras como restrictivas de la libre competencia, o bien porque dicho comportamiento no se ha producido o porque las empresas actúan conforme a los parámetros establecidos por parte de la autoridad reguladora.
- b) Las autoridades reguladoras regulan conductas que son restrictivas de la competencia pero omiten o no comunican de estas conductas a la autoridad de competencia. De allí que el regulador pueda invadir el ámbito competencial de la autoridad de competencia, tipificando las conductas e imponiendo sanciones. O en determinados supuestos puede suceder que sea la autoridad de competencia la que asuma una labor regulatoria<sup>1766</sup>.

Un mecanismo óptimo para dar respuesta a este tipo de inconvenientes es imposible de conseguir. Sumado a las anteriores consideraciones, no se puede dejarse de lado que otra zona gris corresponde a la imposición de determinadas obligaciones de interés general, que en su mayoría de veces pueden derivar en la creación de derechos especiales o exclusivos y el establecimiento de formas de financiación para la creación de los mismos<sup>1767</sup>. La justificación en la creación de este tipo de obligaciones, se produce por la desconfianza en el que el mercado pueda satisfacer los bienes y servicios dentro de un esquema de universalidad, calidad, accesibilidad y en unas condiciones económicas favorables; de allí que surja la necesidad de garantizar la prestación efectiva ya sea directamente por el Estado o bien por las empresas participantes en el mercado, lo cual implica que se creen a su favor este tipo de derechos; pero ello no puede conducir salvo estas exclusiones, a restricciones que en sí mismas puedan afectar al mercado o que el operador al cual le ha sido asignado este tipo de derechos especiales puede llegar a realizar acuerdos o utilizarlos para obtener beneficios a su favor.

Surge el inconveniente si bajo el esquema competencial con el que cuenta la nueva Comisión, los informes previos entre ambas<sup>1768</sup>, permitirán no solo en este caso, sino en otro tipo de

---

<sup>1765</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. *Autoridad de la Competencia...* Op. cit. Pp. 18.

<sup>1766</sup> *Ibíd.* Pp. 18. *Se producen invasiones mutuas de los respectivos ámbitos competenciales: si las autoridades: si las autoridades de la competencia ni tienen en cuenta la ordenación del sector, las autoridades de regulación llevan a cabo una calificación de conductas, próxima o idéntica a la calificación hecha por la legislación de defensa de la competencia y éstas en aquéllas. Esta inversión es posible desde el momento en que los reguladores corrigen conductas de las empresas en el mercado regulado, las cuales podrían estar tipificadas como infracción en la legislación de defensa de la competencia. En cambio, las autoridades de la competencia se convierten en reguladores cuando sancionan conductas que están sometidas a la supervisión de las autoridades de regulación, sin que éstas sometidas a la supervisión de las autoridades de regulación, sin que estas hayan apreciado la incursión en práctica alguna contraria a la libre competencia y, menos aún, de las tipificadas como infracción.*

<sup>1767</sup> ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. *“Las autoridades de competencia...”* Op. cit. Pp.463.

<sup>1768</sup> Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Artículo 14. Funciones e Informes de las Salas del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

situaciones<sup>1769</sup>, contar con resoluciones uniformes respecto a la política regulatoria y de competencia, como indica en la Exposición de Motivos de la Ley, donde se busca que la CNMC aplique de manera uniforme la normativa sectorial y general de competencia.

El problema se traduce en la existencia de decisiones discordantes proferidas por órganos diferentes en su aplicación, en nuestro caso objeto de análisis realizado por parte de las Salas de Competencia y Supervisión Regulatoria encargadas de la aplicación tanto de la normativa sectorial como la legislación de competencia<sup>1770</sup>, donde ahora no existe un regulador especializado en cada sector como existía previamente con las Comisiones sectoriales especializadas. El mecanismo por el cual se optó, responde a criterios previstos en sede Comunitaria, donde se indica que es necesario la coordinación interna entre reguladores sectoriales y las Autoridades de competencia (en este caso particular entre las Salas) en todos aquellos casos donde exista un interés común, a través de los informes recíprocos y el suministro de la información necesaria para el desarrollo de las funciones asignadas.

La existencia de los informes entre las Salas, que responden al antiguo principio de coordinación previsto en el derogado artículo 17 de la Ley 15 de 2007<sup>1771</sup>, no garantiza por sí

---

<sup>1769</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “*La regulación económica...* Op. cit. Pp. 36. Dentro de los ejemplos que relacionada el autor se encuentra el caso dado en materia de concentración de empresas, particularmente las OPAs de E.on sobre Endesa y el Accionada /ENEL), en el que fue palmario los criterios contradictorios respecto a las condiciones en las que debería dar la concentración, en este caso particular, la autoridad reguladora que permitió dicha concentración sujeta a condicionamientos y la respuesta dada por parte de la Comisión Europea que declaró incompatible dicha concentración, al considerarla contraria a los principios de la libre competencia, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales.

<sup>1770</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “*Regulación y competencia en telecomunicaciones...*Op. Cit. Pp. 66. *Hay múltiples modelos institucionales en este terreno. En algunos países ambas funciones, se atribuyen en el caso de las telecomunicaciones al regulador sectorial. En otros, se atribuyen al órgano de competencia. Finalmente, en algunos modelos no hay un regulador especializado para cada uno de los sectores sino que hay un único macrorregulador sectorial con funciones en los distintos mercados, independientes o integradas dentro de la autoridad de competencia. No obstante, en la mayoría de países existen órgano especializados en las diferentes funciones*

<sup>1771</sup> Artículo 17. Coordinación con los reguladores sectoriales.

1. La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común.
2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes no vinculantes en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la presente Ley. En todo caso:
  - a) Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente.
  - b) Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.
  - c) La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.
  - d) La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de

mismo la eliminación de esas zonas grises, provenientes en su mayoría de las actuaciones de los operadores y de la información que estos suministren<sup>1772</sup>.

Si bien puede existir una distribución de funciones y de los informes, esto no garantiza en que no existan decisiones disconformes, en razón a la aplicación de los instrumentos propios con los que cuenta cada forma de intervención, lo que implica afectaciones a la propia seguridad jurídica, más aun cuando hay materias que no pueden ser cuestionadas por parte de la Autoridad de Competencia Nacional, sino en sede Comunitaria.

#### 8.3.4. Casos de Analisis

Centraremos nuestro análisis en dos casos en los cuales se puede analizar los criterios divergentes y contradictorios entre la Regulación *ex ante* y el Derecho de la Competencia, como lo son el estrechamiento de márgenes atendiendo a la importancia que tuvo el fallo de Telefónica en la configuración del nuevo modelo regulatorio en España y las Concentraciones en el sector audiovisual.<sup>1773 1774</sup>.

Una de las situaciones en el que efectivamente se han dado conflictos entre estas perspectivas ha sido en el llamado estrechamiento de márgenes, en el que se sanciona a las empresas, en este caso del sector de telecomunicaciones, que ostentaban posiciones de dominio, por abuso de dicha posición. La sanción fue impuesta por la Comisión Europea y ratificada por el Tribunal de Justicia, respecto a las políticas de precios utilizados en los servicios mayoristas y minoristas que contaban inicialmente con la autorización del regulador. Lo que da lugar a cuestionarse si efectivamente la actuación previa del regulador limita o excluye la aplicación de la normativa de competencia, o permite que se disponga de un efectivo margen de maniobra por parte del Operador con Posición de Dominio modificando las condiciones del mercado.

La importancia que revisten los asuntos Deutsche Telekom y Telefónica, para esta tesis, es que en ellas el Tribunal de Justicia viene a determinar las relaciones existentes entre la Regulación sectorial y el Derecho de la Competencia, destacándose el carácter complementario

---

los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley.

3. Los Presidentes de la Comisión Nacional de la Competencia y de los respectivos órganos reguladores sectoriales se reunirán al menos con periodicidad anual para analizar las orientaciones generales que guiarán la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos formales e informales para la coordinación de sus actuaciones.

<sup>1772</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “Publicidad y confidencialidad de la información relativa a los operadores de telecomunicaciones”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*. Director Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, José Vida Fernández (Coordinador). Iustel, Madrid. 2009. Pp. 841-903.

<sup>1773</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “La regulación económica como... Op. cit. Pp. 732 y ss.

<sup>1774</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “La aplicación... Op. cit. Pp. 40 y ss., de esta misma autora “Comunicaciones.... Op. cit. Pp. 80 y ss. En igual sentido MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión de los Mercados...* Op. cit. 238 y ss.

entre ambos tipos de intervención, así como los límites entre la labor que realiza la ANR y la Autoridad Comunitaria en este caso concreto la Comisión Europea.

Las Sentencias objeto de estudio, reafirman el papel del Derecho de la Competencia, a pesar de los criterios complementarios establecidos entre ambas formas de intervención, basándose en que el Derecho de la Competencia es un principio y un fin que inspira el Tratado Fundacional de la Unión Europea y la Regulación, sin embargo, se incorpora a través del Derecho Derivado.

En síntesis la cobertura dada por parte de la regulación a las actividades realizadas por parte del operador no lo blindan frente a futuras intervenciones del Derecho de la Competencia, en el entendido de, que éstos puedan incurrir en comportamientos a dicha normativa, siempre y cuando la regulación deje un margen de maniobra para que puedan adoptar decisiones que pueden constituir en un futuro infracciones a la normativa de competencia.

La importancia de estas Sentencias (Asunto Deutsche Telekom, Wanadoo y Telefónica), es que apartan de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Americano establecida en el Asunto Verizon Communications vs. Law Offices of Curtis Trikon de 13 de enero de 2004, donde se vino a determinar que al existir una regulación sectorial específica, cuya finalidad es la de eliminar los daños que pueden generarse en la competencia, no debería generar un margen para la aplicación de las normas anticoncurrenciales en detrimento del propio mercado, *si bien no faltarían razones para ofrecer una explicación coherente de ambos razonamientos, entre las que no es menor la toma en consideración del grado de precisión y pertinencia de la regulación sectorial para resolver los problemas que impiden que se garantice el desarrollo de una competencia efectiva.*<sup>1775</sup>.

La importancia de analizar estos fallos, relacionados con el estrechamiento de márgenes, es que ambos precisan el ámbito competencial tanto de la Autoridad Reguladora como de la Autoridad de Competencia, así como las relaciones de complementariedad de ambos tipos de intervención.

Tal vez, este el aspecto más importante de ambas sentencias, es que corresponde a criterios referidos sobre ámbitos competenciales tanto de las Autoridades Reguladores y de la Autoridad de Competencia y el carácter complementario de ambos tipos de intervenciones (más allá de otro tipo de análisis y lectura que puedan realizarse respecto de ambos fallos principalmente en la determinación de los efectos en el mercado y la desproporción de la sanción en el Asunto Telefónica).

En el segundo caso de análisis, (Asunto Sogecable) se hace alusión a los acuerdos que pueden darse entre las empresas, donde si bien en muchos aspectos, las cláusulas incluidas en el mismo podrían afinar aun más la posición de dominio producto de la concentración, el establecimiento de condicionantes para los operadores, puede derivar en la creación del mercado, garantizando la permanencia de los operadores y el fomento de la inversión. Por ello se ponderó la imposición de dichas medidas en pro de mercado, exigiendo el aumento de la

---

<sup>1775</sup> CARLON RUZ, MATILDE. *Las dos caras de Jaro...* Op. cit. Pp. 14.

diversidad de productos de los usuarios y garantizando una competencia efectiva en el sector audiovisual.

#### **8.3.4.1. El Estrechamiento de Márgenes**

El estrechamiento de márgenes, compresión de márgenes o pinzamiento de márgenes viene a ser utilizado por primera vez en la Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Industries des Poudres Sphériques SA/Comisión. T-5/97. Rec. p. II-3755 proferida por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea y de allí se desprende gran parte de la literatura jurídica existente sobre el tema.

En este fallo se define al margin squeeze “*Existe práctica de precios-tijera cuando una empresa que dispone de una posición dominante en el mercado de un producto intermedio y utiliza ella misma una parte de sus producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio y utiliza ella misma una parte de sus producción para la fabricación de un producto elaborado, vendiendo en el mercado el excedente de dicho producto intermedio, fija el precio de venta a terceros del producto intermedio a un nivel tal que éstos no disponen de un margen de transformación suficiente para seguir siendo competitivos en el mercado del producto transformado*”.

Esta es una de las conductas donde se puede cuestionar cuáles han sido los mecanismos utilizados por parte del Regulador para evitar esta conducta<sup>1776</sup>. Esta conducta se da cuando el operador dominante mantiene de manera artificial un precio que genera un estrechamiento en los márgenes existentes entre los precios mayoristas de un input o insumo esencial que suministra a sus competidores y que por consiguiente es necesario para la prestación de sus servicios, y el precio minorista de ese servicio el cual suministra a sus abonados<sup>1777</sup>, impidiendo que los competidores puedan participar de manera efectiva en el mercado en condiciones de competencia efectiva<sup>1778</sup> ya que no tendrían ganancia económica alguna.

---

<sup>1776</sup> GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. “*The Current Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*”. En: *Global Competition Law Center (GCLC)*. Working Paper 04/05. The Global Competition Law Centre Working Paper Series, 2005. Disponible en: <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-05.pdf> [en línea] (Consultado 6/02/2014).

<sup>1777</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. “*El abuso de posición de dominio en los mercados de servicios de interés económico general. El caso de la compresión de márgenes ("Price Squeeze")*”. En *VVAA: Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011, Pp. 241-283. Define al estrechamiento de márgenes en los siguientes términos: *Cuando una empresa verticalmente integrada traslada el poder de mercado (monopolio o posición dominante) de que goza en el mercado <<ascendente>> (upstream market) por la vía de estrechar (squeeze) los márgenes de beneficios de sus competidores en el mercado <<descendente>> (downstream market) nos hallamos en presencia de una compresión de márgenes conocida en el Derecho anglosajón por los nombres de Price squeeze o margin squeeze*.

<sup>1778</sup> ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “*Comunicaciones....* Op. cit. Pp. 82.

En el ámbito europeo la aproximación al concepto se encuentra en la *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso al sector de las telecomunicaciones. Marco jurídico, mercados de referencia y principios* del año 1998<sup>1779</sup>, donde en sus apartados 117 y 118, relacionados con la reducción de precios:

#### *Reducción de precios*

117. Cuando el operador goce de una posición dominante en el mercado de productos o servicios, la reducción de los precios podrá constituir una práctica abusiva. Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedicada a las actividades ascendentes impone a los competidores. Las pérdidas registradas en la rama de actividades descendentes pueden quedar ocultas si el operador dominante ha atribuido a sus actividades de acceso costes que debería haber asignado propiamente a las operaciones descendentes, o ha determinado de forma inadecuada los precios de transferencia dentro de la organización. La Recomendación de la Comisión sobre separación contable en el contexto de la interconexión aborda esta cuestión y propugna el mantenimiento de una contabilidad separada para las diferentes ramas de actividad de un operador dominante verticalmente integrado. La Comisión podrá exigir, en su caso, a la empresa dominante que presente cuentas auditadas por separado en relación con todos los aspectos esenciales de su actividad. No obstante, el hecho de que la contabilidad se realice por separado no garantiza la supresión de las prácticas abusivas. Cuando lo estime necesario, la Comisión analizará cada caso por separado.

118. En circunstancias adecuadas, puede demostrarse que se ha producido una reducción de los precios mostrando que el margen entre la tarifa de acceso aplicada a los competidores en el mercado descendente, incluidas las operaciones propias de la empresa dominante, en caso de que existan, y el precio que el operador de la red aplica en el mercado descendente no basta para que un prestador de servicios con un grado de eficiencia suficiente en el mercado descendente obtenga un beneficio normal (a menos que la empresa dominante pueda demostrar que su división de operaciones descendentes es excepcionalmente eficiente).

La característica fundamental es la presencia de una empresa verticalmente integrada, con un gran poder de mercado en la provisión de un servicio esencial<sup>1780</sup> en el mercado mayorista, pero a su vez presente en el mercado minorista. Dicha empresa es la que fija un precio para ese insumo tal como impide- en un plazo de tiempo duradero- a un competidor tan eficiente como ella misma operar con un margen de beneficio razonable<sup>1781</sup>

<sup>1779</sup> Diario Oficial n° C 265 de 22/08/1998 p. 0002 - 0028

<sup>1780</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones: comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica”. En VVAA: *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. N°. 2, 2008. Pp. 219-238

<sup>1781</sup> *Ibíd.* Pp. 221.

La importancia que deriva el análisis de este tipo de conducta que se enmarca dentro del Abuso de la Posición de Dominio, donde se viene a sancionar a los operadores por parte de la Comisión, los cuales consideraban que su comportamiento se encontraba cobijado dentro control previo realizado por parte de los reguladores nacionales quienes en su momentos habían autorizado sus políticas tarifarias (confianza legítima). A juicio de la Comisión Europea dicho marco creado por parte de las Comisiones Reguladoras no era suficiente para que los operadores dominantes pudieran ajustar sus tarifas para evitar de esta manera el estrechamiento de márgenes<sup>1782</sup>.

En cuanto a la conducta objeto de análisis, se ha considerado por parte de la doctrina, que el estrechamiento de márgenes responde a un problema derivado de la liberalización<sup>1783</sup>, principalmente en los mercados de telecomunicaciones, atendiendo a que los antiguos dueños de las infraestructuras (operadores incumbentes), una vez iniciado el proceso continuaban controlando los insumos esenciales para que los nuevos operadores pudieran prestar nuevos servicios a los consumidores. El sector de las telecomunicaciones se caracteriza fundamentalmente por sus altos niveles de inversión. El modelo óptimo sería que todos los operadores contaran con sus propias infraestructuras, pero atendiendo a que esto es imposible, los competidores requieren de la infraestructura del operador dominante<sup>1784</sup>. Así se han impuesto obligaciones tales como las de acceso para que estos pongan a disposición los elementos en los mercados descendentes. La imposición, como la verificación de las mediadas y las posibles sanciones por su incumplimiento se realiza de manera tanto *ex ante* como *ex post*.

La importancia de ambos fallos radica, en que pueden existir respecto de una misma conducta tanto la intervención *ex ante* por parte de los Reguladores como el control *ex post* por parte de la Autoridad de Competencia, lo que viene a implicar que la autorización dada por parte del Regulador en cuanto a los precios que deberán ser aplicados por parte del operador dominante, no exime que posteriormente se analice su comportamiento por parte de la Autoridad de Competencia, ya que ambos instrumentos de intervención cumplen distintas finalidades<sup>1785</sup>. De

---

<sup>1782</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “La regulación económica como... Op. cit. Pp. 734-735.

<sup>1783</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. “El abuso de posición de dominio...Op. cit. 269. Para entender el funcionamiento del este de abuso en los mercados regulados es imprescindible partir del siguiente dato\_ ha sido la normativa liberalizadora la que dispuso el fin del monopolio y la estructura del mercado al definir la posición de los actores. Así, la norma ha mantenido a la antigua empresa pública como dominante inicial (incumbent) y le ha entregado la titularidad y gestión de las redes e infraestructuras. Pero a modo de <<compensación>> le ha impuesto dos obligaciones: prestaciones de servicio público a favor de los consumidores y la cesión de la infraestructura en beneficio de los rivales. El control de su satisfacción corresponde a las autoridades públicas y opera tanto *ex ante* como *ex post*, de forma que habilita a las autoridades a adoptar las medidas legales para impedir posibles incumplimientos o corregir los efectivamente producidos.

<sup>1784</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “El estrechamiento...Op. cit. Pp. 223. Las particularidades del mercado determinan la forma en que se da la competencia, de allí que la competencia se dé respecto a los servicios que demandan los usuarios finales. El acceso a los mercados mayoristas se constituye en uno de los principales inconvenientes para el desarrollo de una competencia efectiva, de allí que puedan derivarse prácticas como el estrechamiento de márgenes.

<sup>1785</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “La regulación económica como...Op. cit. Pp. 735. Los planteamientos de la Comisión, de momentos confirmados por el Tribunal de Primera Instancia (TPI) en el asunto *Deutsche Telekom*, se apoyan en un delicado equilibrio entra la intervención *ex ante* de los



ahí que se venga a cuestionar cuál es el papel de Regulador en materia de fijación de precios y el análisis si su actuación fue correcta como indica LOPEZ MIÑO<sup>1786</sup>.

Los dos casos objetos análisis, plantean la existencia de tres tipos de compresión de márgenes dentro de los mercados regulados. Un primer tipo, en el que ambos mercados, ascendente como descendente se encuentran regulados, lo que la doctrina ha denominado como *full regulation Price squeeze*; un segundo tipo, cuando sólo se regula el mercado ascendente también llamado como *wholesale market price squeeze*, y un tercer tipo cuando se regula el mercado descendente o *retail market Price*<sup>1787</sup>.

#### **a. Compresión de Márgenes en Mercados Regulados Ascendentes y Descendentes**

En este tipo de estrechamiento el operador dominante carece de instrumentos para determinar sus tarifas, atendiendo a que los precios tanto del insumo y de sus productos finales son fijados por la normativa establecida y autorizados por parte de la autoridad regulatoria.

A este tipo de compresión se le ha denominado como compresión de márgenes de carácter administrativo y la posible sanción por parte de la autoridad de competencia se torna más compleja porque dicho estrechamiento proviene de una autorización administrativa<sup>1788</sup>.

A pesar de que el modelo previsto para la compresión de márgenes por parte del regulador es válido y pueda impedirse dicha compresión, esto no impide que el operador, pueda realizar la conducta a través de otros mecanismos diferentes al precio, tales como la disminución de la calidad en la interconexión o actuando en el procesamiento de los datos.

De ahí que las medidas se dirijan también a que se establezcan criterios mínimos de calidad en cuanto a la prestación de los servicios.

---

*reguladores y del control ex post de las autoridades de la competencia. Aunque teóricamente sea factible distinguir entre ambos tipos de actuaciones, y pueda apoyarse la idea de que la autorización del organismo regulador no es por sí sola cobertura suficiente de los precios finalmente aplicados, dadas las distintas finalidades e instrumentos de las normas regulatorias y de defensa de la competencia, lo cierto es que ello pone en cuestión el papel de los reguladores en tema tan sensible como el de los precios, pues si después de todo se hace preciso reexaminar ex post las políticas de precios aplicadas por los operadores dominantes desde el Derecho de la competencia ¿para qué sirve realmente el regulador en este punto?.*

<sup>1786</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. “El abuso de posición de dominio...Op. cit. 272. La capacidad de reacción de las autoridades reguladoras es muy grande, tanto antes como después de la consumación de la conducta anticompetitiva. Por ende, y salvo supuestos de negligencia o inactividad administrativas, la dominante SIEG carecería del tiempo suficiente para que el estrechamiento sea eficaz. Una denuncia de los competidores afectados valdría para poner en marcha la maquinaria investigadora y paralizar el acto abusivo. Así pues, sólo en presencia de <<regulaciones inexistentes o liviana una estrategia de Price squeeze llega a ser factible>>

<sup>1787</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “El estrechamiento...Op. cit. Pp. 222.

<sup>1788</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. “El abuso de posición de dominio... Op. cit. Pp. 272.

**b. Compresión de Márgenes Cuando Solo se Regula el Mercado Ascendente**

La particularidad de este estrechamiento, es que el precio del servicio de interés general o del insumo fundamental para la prestación del servicio es determinado por parte de la Administración, lo que se traduce en que el operador dominante, no pueda fijar el precio de sus servicios mayoristas, pero si el precio de sus productos finales.

Estaremos en presencia de compresión de márgenes si el precio que es exigido por parte del operador dominante a sus usuarios finales es inferior al que pueden cobrar sus competidores a sus usuarios

A tal efecto, se debe determinar si la conducta el operador dominante se encuadra dentro del abuso y la utilización de precios predatorios. Lo anterior, implica que la empresa dominante ha reducido o bajado significativamente los precios y por consiguiente incurre en pérdidas en el corto plazo con el fin de eliminar o evitar las entradas de nuevos competidores y de esta manera afecta el normal desarrollo del mercado y la competencia existente en el mismo.

**c. Compresión de Márgenes- Regulación en el Mercado Descendente**

Se entiende que existe este tipo de estrechamiento, cuando la empresa dominante que se encuentra verticalmente integrada, controla un insumo esencial, como un producto tecnológico para la prestación de un Servicio en un mercado descendente.

Se parte de que el mercado no se encuentra sujeto a regulación y por consiguiente el operador dominante controla el mercado ascendente, mientras que el mercado descendente regulado es inicialmente controlado por el mismo operador del mercado mayorista.

Su conducta se traduce en que puede modificar unilateralmente el precio del insumo necesario, sin afectar el precio final de sus productos finales, para lo cual impondrá al operador de un servicio, un precio de venta del insumo superior a su coste para el operador dominante. Lo que se traduce es que el operador dominante vende sus insumos sin atender a los costes en los que realmente se incurre, por ser una empresa verticalmente integrada, discriminado de esta manera a su competidor respecto de si misma<sup>1789</sup>.

---

<sup>1789</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “El estrechamiento...Op.cit. 224 y ss. Quienes que precisan que se está en presencia de un estrechamiento discriminatorio de carácter ilegal, cuando se analiza el comportamiento de la empresa verticalmente integrada mediante un test, el que se viene a determinar si los márgenes del mercado minorista del resto de los operadores son suficientes para que estos puedan seguir prestando sus servicios en el mercado, en el supuesto de que no sea así se debe determinar si dicho estrechamiento proviene de los precios y/o de las condiciones que son impuestas por parte del operador mayorista en el mercado de acceso. Los test que se utilizan son el test la atribución de costes y el test del competidor suficientemente eficiente, ambos previstos en la

Para determinar si se está en presencia del estrechamiento se utilizan diversos tipos de Test<sup>1790</sup>, utilizados por parte de la Autoridad de Competencia; particularmente en el sector de las telecomunicaciones, donde se han presentado con mayor frecuencia esta conducta, la Comisión Europea ha utilizado los métodos previstos en la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C265/2002), los cuales procederemos a explicar en el siguiente cuadro<sup>1791</sup>.

La finalidad en su aplicación es determinar si los márgenes que se dan en los mercados minoristas de los demás operadores son suficientes para permanecer en el mercado<sup>1792</sup>. Si son insuficientes se procederá a determinar si la causa está en los precios y/o condiciones que estos deben afrontar en los mercados mayoristas.

Veamos la cuestión en un gráfico

TEST DE ATRIBUCIÓN DE COSTES	TEST DEL COMPETIDOR SUFICIENTEMENTE EFICIENTE
Se analizan los costes que puede derivar el servicio para el operador dominante. Para tal efecto, se analizan los costes del acceso al insumo por parte de los competidores y los que recaerían en el operador de prestar ella misma esos servicios a los operadores finales. Si los costes mayoristas, son superiores a los costes de los servicios minoristas, se impide a los competidores incluso a los que son igual de eficiente al operador dominante de ser rentable, ya que la consecuencia es que debe aumentar sus precios para ofrecerlos a los consumidores. Adicionalmente se analiza la conducta del operador, en el supuesto anteriormente descrito este hubiera sido incapaz de prestar su producto o servicio final sin incurrir en pérdidas si hubiera que tenido que soportar efectivamente los costes de acceso que este impone a sus competidores. La finalidad de esta metodología es determinar la existencia de subsidios cruzados entre las actividades mayoristas y minoristas.	Con este test se intenta determinar los costes en el mercado minorista de un hipotético competidor el que será al menos igual de eficiente que el operador dominante. Lo que se busca es determinar si este operador podría obtener un margen adecuado en el mercado minorista, soportando los precios de acceso y utilizando las infraestructuras del operador tradicional. Si se obtiene un resultado de que el competidor igual de eficiente que el operador dominante puede soportar los costes se entiende que efectivamente no estamos en presencia de un abuso, en el supuesto contrario, se tendrá que la conducta desplegada por parte del operador dominante tiene como objetivo expulsar a sus competidores, de allí que sea necesario determinar los efectos en el mercado.

---

*Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/2002).*

<sup>1790</sup> GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. *"The Current Application of Competition Law..."* Op.cit. Pp. 359-360.

<sup>1791</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. *"El estrechamiento..."* Op. cit. Pp. 224.

<sup>1792</sup> Ambos tipos de test fueron aplicados en los casos objeto de estudio, atendiendo a las ventajas y desventajas en cuanto a su aplicación. En el caso Deutsche Telekom, la Comisión aplicó el test de atribución de costes, en los que se analizó la diferencia entre los costes el acceso al bucle local y los costes que incurría el propio operador en la prestación de dichos servicios a sus usuarios. El análisis condujo a que se comprobara que los costes del mercado mayorista eran mayores que los costes de prestación de los servicios minoristas, lo cual impedía que los competidores de DT pudieran ser rentables y en su defecto ofrecer los servicios a los mismos precios a los que los estaba ofreciendo el operador dominante.

**Cuadro 82 - Fuente Diez Estella Y Fernández Álvarez-Labrador - Creación Propia: Test de Atribuciones y Test del Competidor Eficiente.**

Tal como afirma LÓPEZ DE MIÑO<sup>1793</sup>, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha creado un cuarto supuesto de estrechamiento de márgenes, diferente a las tradicionales recogidas en la jurisprudencia de los Estados Unidos y del propio Tribunal, como sucede en los asuntos Deutsche Telekom y Telefónica.

Este nuevo tipo de estrechamiento viene dado por la existencia de un mercado regulado regido en un principio por una normativa sectorial previa y otro sometido a una regulación parcial.

A juicio de la Comisión Europea que fue ratificada posteriormente por parte del Tribunal de Primera Instancia, la existencia de este marco regulatorio, se sustrae de la aplicación concurrencial o posterior de las normas de competencia, por la existencia de una empresa verticalmente integrada que cuenta con un gran margen de maniobra que le permite decidir tanto sobre los precios y las condiciones de competencia.

De los anteriores tipos de estrechamiento de márgenes podemos determinar los requisitos fundamentales que permiten determinar la existencia de esta conducta<sup>17941795</sup>.

PRIMER ASPECTO: El operador debe estar verticalmente integrado, lo que indica que debe ostentar una posición de dominio en ambos mercados, tanto el mercado ascendente como en el mercado descendente y participante en este último, donde su presencia, por sí misma puede menoscabar o afectar al mercado y la capacidad de respuesta de sus competidores<sup>1796</sup>.

SEGUNDO ASPECTO: El operador causante del abuso debe contar con un poder significativo o muy significativo en el mercado del insumo que por consiguiente le permita imponer las condiciones sobre el mismo<sup>1797</sup>.

---

<sup>1793</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. *“El abuso de posición de dominio... Op. cit. Pp. 272Pp. 280.*

<sup>1794</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. *“El estrechamiento...Op. cit. Pp. 222.*

<sup>1795</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *“La Decisión de la Comisión Wanadoo contra Telefónica. La compleja relación entre regulación y competencia”.* En VVAA: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea.* Marzo/Abril 2008. Nº 2. Pp. 37-46. En el Asunto Telefónica (Asuntos T-336/07 y T-398/07). Donde la Comisión viene a determinar cinco de los elementos considerados relevantes para valorar y posteriormente determinar la existencia de un estrechamiento. 1. El insumo ascendente, 2. El insumo descendente, 3. Eficiencia del competidor, 4. Estándares de costes y 5. Análisis de rentabilidad.

<sup>1796</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. *“El abuso de posición de dominio...Op. cit. 266 y ss. Tan sólo el triunfo de la comprensión dejará a un solo rival: el causante del abuso. Por lo demás, la posición de los competidores del operador SIEG en el mercado descendente les permitirá resistir el abuso en mayor o menor medida. Si son fuerte, por su propia actuación o por beneficiarse*

<sup>1797</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. *“El estrechamiento...Op.cit. Pp. 235.* Dentro del análisis de los requisitos para que se concrete el estrechamiento de márgenes, es necesario determinar la indispensabilidad del insumo, de allí que se deba acreditar por parte de los competidores la importancia del mismo y la necesidad para la prestación de sus servicios.

TERCER ASPECTO: El mercado minorista o descendente del producto final, debe padecer de una competencia muy reducida o imperfecta que genera beneficios para que el operador realice la conducta de compresión de márgenes<sup>1798</sup>. Si el mercado fuera perfecto o existiera competencia, los beneficios que se obtendrían por realizar la conducta serían nulos y por consiguiente no habría lugar a la concreción de la conducta<sup>1799</sup>.

Para que efectivamente se concrete la conducta se debe tener presente un análisis de los costes. Para lo cual ha de probarse que bajo la estructura existente a un operador no le es económicamente rentable competir en el mercado minorista bajo el sistema de precios existentes en el mercado mayorista por parte del operador dominante. Los aspectos a tener en cuenta fueron definidos en la Decisión sobre Telefónica, ratificada posteriormente por parte del Tribunal de Justicia, para tal efectos se deben tener los cinco aspectos, para determinar los costes existentes:

- a) El nivel de eficiencia del competidor: la rentabilidad debe evaluarse sobre la base de los costes de la empresa dominante en el mercado descendente;
- b) El estándar adecuado de costes llamado <<LRAIC>> (Long Run Average Incremental Cost);
- c) La rentabilidad se evalúa conforme a dos metodologías: la de <<período a período>> y la basada en los descuentos de los flujos de caja;
- d) Para llevar a cabo un juicio equilibrado sobre los precios *retail* de la empresa dominante, el test de margin squeeze debe tener en cuenta una agregación ponderada de los productos o servicios minoristas ofrecidos;

La replicabilidad de los precios minoristas: a la hora de considerar el insumo necesario del mercado ascendente, los precios *retail* o minorista a que da lugar su coste deben ser replicables por un operador tan eficiente como la empresa dominante en cada uno de los mercados de referencia.

CUARTO ASPECTO: La esencialidad del insumo, que proporciona el operador dominante. El carácter de esencial viene determinado por dos aspectos a saber: el primero es que el producto intermedio carece de sustitutos capaces de desempeñar las mismas funciones en el proceso productivo y el segundo aspecto es que el insumo es usado en proporciones fijas y se encuentra integrado dentro del proceso productivo

QUINTO ASPECTO: La conducta del estrechamiento de márgenes se concreta fundamentalmente en los precios mayoristas y/o minoristas, respecto a la conducta que realiza el operador dominante, lo cual conduce a la reducción del margen de beneficios de sus

---

<sup>1798</sup> GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. "The Current Application of Competition Law... Op. cit. Pp. 360.

<sup>1799</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. "El estrechamiento... Op. cit. Pp. 237.

competidores lo que se traduce en que los beneficios que se quieran obtener sean insuficientes o inexistentes, lo conduciría a que estos salgan del mercado<sup>1800</sup>.

SEXTO ASPECTO: La conducta debe postergarse en el tiempo, para que los efectos de exclusión se materialicen efectivamente<sup>1801</sup>.

Ahora bien, la conducta es objeto de análisis desde la perspectiva regulatoria y de competencia, cuyo objetivo principal es prevenir el abuso de la posición de dominio y sus implicaciones para el mercado.

En el ámbito de la intervención *ex ante*, lo que se pretende es que los dueños de las infraestructuras y de los insumos esenciales, generalmente los operadores incumbentes o establecidos integrados verticalmente<sup>1802</sup>, permitan acceder a los nuevos competidores para que estos puedan prestar sus servicios a los usuarios. De ahí que se impongan obligaciones de acceso u otro tipo de obligaciones asimétricas, atendiendo a la responsabilidad especial y la debida diligencia que deben tener los operadores establecidos. La mayoría de las medidas se orientan en establecer un sistema de retribución consisten en la fijación de los precios que pueden tener como efecto la exclusión de nuevos participantes en el mercado; de ahí que sea necesario que se adopten medidas para evitar que “jueguen” con los precios en beneficio del operador dueño de la infraestructura.

---

<sup>1800</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. “El abuso de posición de dominio...Op. cit. 268. Este requisito distingue al *Price squeeze* de otras prácticas discriminatorias sobre mercados conexos, como los precios excesivos, pues cabe el precio de un insumo sea *supra* competitivo pero no impida la entrada o permanencia de sus rivales. Contra la comprensión que actué sobre los precios mayoristas los perjudicados tienen la doble barrera del regulador y de la autoridad de competencia. Cuando recaiga sobre los precios del producto final, sólo les restará la primera vía.

<sup>1801</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “El estrechamiento...Op.cit. Pp. 138. La finalidad es determinar efectivamente cuales han sido los efectos reales del estrechamiento en el mercado desde la óptica de los competidores como de los consumidores, lo cual incide para cuantificación de la sanción. La tendencia que acogió la Comisión en la sentencia DT y ratificada en el asunto de Telefónica, es que una vez que se constate la existencia del estrechamiento, por sí misma, se entiende que es contraria a los postulados del artículo 101 del Tratado. Se critica que no analiza los efectos respecto de la competencia. A juicio de los autores, en el caso como el de Telefónica, los efectos en el mercado eran notorios no solo en cuanto a los competidores y los efectos que tuvo dicha política en su estructura y en el mercado que no era necesario realizar otro tipo de análisis para determinar los efectos en el mercado.

<sup>1802</sup> GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. “The Current Application of Competition Law...Op. cit. Pp. 361 y ss. Una de las estrategias utilizadas por el regulador es la separación de las actividades no competitivas en los mercados mayoristas y competitivas en los mercados minoristas de éste tipo de operadores. En el caso particular de las telecomunicaciones, dicha separación se ha limitado a la separación contable. El mecanismo más eficaz es la separación total de las actividades de venta al por mayor y al por menor, lo cual implicaría la creación de dos empresas con propiedad separada para la prestación efectiva de los servicios. El beneficio de este tipo de iniciativa generaría que el operador no tendría ningún interés en realizar una conducta de estrechamiento de márgenes y de esta manera abusara de su posición, pero en la práctica se ha preferido como práctica habitual el control de precios y todos los mecanismos necesarios para evitar precios excluyentes.

Las medidas con las que cuenta la regulación son lo bastante amplias, en razón a la importancia que tiene el tema en la Comunidad Europea, como se puede constatar en los diferentes instrumentos expedidos para evitar la compresión de márgenes por parte de los operadores.

Puede destacarse, en su momento el Reglamento N° 2887/2000 sobre acceso desagregado al bucle local<sup>1803</sup>, donde en su Considerando décimo<sup>1804</sup> se instó a los Reguladores que deberían adoptar todas las medidas necesarias para evitar dicha compresión. Asimismo, la Directiva 2002/19<sup>1805</sup>, denominada Directiva de acceso, precisa que la compresión de márgenes puede evitarse de manera *ex ante*, tal como precisa en el considerando de dicha Directiva<sup>1806</sup>; también se especifica que la Autoridades Nacionales de Reglamentación *estarán facultadas para imponer obligaciones en materia de recuperación de los costes y control de los precios, que incluyan obligaciones por lo que respecta tanto a la orientación de los precios en función de los costes como a los sistemas de contabilidad de costes, en relación con determinados tipos de interconexión o acceso, en los casos en que el análisis del mercado ponga de manifiesto que una ausencia de competencia efectiva permitiría al operador en cuestión mantener unos precios excesivos o la compresión de los precios, en detrimento de los usuarios finales*<sup>1807</sup>.

La Directiva da vía libre para que los Reguladores adopten los mecanismos para la fijación de precios cuando se compruebe el estrechamiento de márgenes. El mecanismo al cual se recurre con mayor frecuencia es fijar los precios de los mercados mayoristas y/o minoristas. La

---

<sup>1803</sup> Reglamento (CE) n° 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local.

<sup>1804</sup> (10) *Although commercial negotiation is the preferred method for reaching agreement on technical and pricing issues for local loop access, experience shows that in most cases regulatory intervention is necessary due to imbalance in negotiating power between the new entrant and the notified operator, and lack of other alternatives. In certain circumstances the national regulatory authority may, in accordance with Community law, intervene on its own initiative in order to ensure fair competition, economic efficiency and maximum benefit for end-users. Failure of the notified operator to meet lead times should entitle the beneficiary to receive compensation.*

<sup>1805</sup> DIRECTIVA 2002/19/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso). Considerando 20.

<sup>1806</sup> (20) *Las medidas de control de precios pueden ser necesarias cuando el análisis de mercado ponga de manifiesto la ineficacia de la competencia en un sector concreto. La intervención reguladora puede ser relativamente leve, como en el caso de la obligación de fijar precios razonables para la selección del operador que establece la Directiva 97/33/CE, o revestir una envergadura mucho mayor, como ocurre con la obligación de orientación de los precios en función de los costes, a fin de justificarlos plenamente en los casos en que la competencia no esté lo suficientemente desarrollada para evitar una tarificación excesiva. En concreto, los operadores con un peso significativo en el mercado deben evitar la práctica de una compresión de precios tal que la diferencia entre los precios al por menor y los precios de interconexión aplicados a los competidores que ofrecen servicios minoristas similares no sea la adecuada para garantizar una competencia sostenible. Cuando una autoridad nacional de reglamentación calcule los costes generados por la creación de un servicio impuesto en virtud de la presente Directiva, procede permitir una rentabilidad razonable sobre el capital empleado, incluidos los costes de los trabajos pertinentes y de la construcción, con el valor de capital adaptado, en caso necesario, para reflejar la evaluación actual del activo y la eficacia de las operaciones. El método de la recuperación de costes debe ser adecuado a las circunstancias teniendo en cuenta la necesidad de fomentar la eficacia y la competencia sostenible y de lograr el máximo beneficio para los consumidores.*

<sup>1807</sup> Artículo 13. Directiva del Acceso

particularidad es que si bien los precios son establecidos por parte de la Autoridad Regulatoria, esto no impide que existan riesgos o incentivos para que se del estrechamiento de márgenes por parte del operador, que se concretan en abusos de exclusión, tal como precisan GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT<sup>1808</sup>:

TIPO DE ESTRECHAMIENTO	INCENTIVO/RIESGO
<b>ESTRECHAMIENTO DE MARGENES REGULADO- TARIFAS DESEQUILIBRADOS. Los precios de acceso se fijan en función de los costes y los precios al por menor son orientados a los costes o por debajo del coste.</b>	Los precios de venta se fijaran por debajo del coste, dentro del entorno creado por parte del Regulador, lo que imposibilita la entrada de nuevos operadores.
<b>ESTRECHAMIENTO DE MARGENES- Precios de venta por debajo del nivel establecido por el regulador.</b>	Este supuesto puede darse que medie la autorización del regulador, cuando se aduzca que dicha reducción responde a los recortes de precios por parte de nuevos participantes. El otro supuesto es que el operador dominante puede fijar sus precios por debajo del coste con el fin de llevar a cabo una intención predatoria
<b>ESTRECHAMIENTO DE MARGENES- PRECIOS MINORISTAS SON CONTROLADOS A TRAVÉS DE UN TOPE QUE CUBRE UNA CANASTA DE SERVICIOS.</b>	La conducta que podría realizar el operador es la de colocar precios agresivos en un determinado servicio de los incluidos en la cesta (reduciendo o incluso eliminando el margen de sus competidores para la prestación de dicho servicio), pero cumpliendo con el límite de precios fijados por parte del regulador
<b>ESTRECHAMIENTO DE MARGENES CUANDO SE REGULAN LOS PRECIOS TANTO MAYORISTAS COMO MINORISTAS A TRAVÉS DE UN TOPE DE PRECIOS GOLOBAL- PRECIO GLOBAL DONDE SE INCLUYE TANTO EL PRECIO DE INTERCONEXION</b>	El operador dominante podría crear unas altas tasas de interconexión y unos precios bajos para sus usuarios finales, siendo coherente con el sistema de precios fijados por parte del regulador. Su conducta tiene como finalidad que sus competidores sean excluidos del mercado. En el supuesto de que algún competidor asumiendo las pérdidas, conducirá

<sup>1808</sup> GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. *"The Current Application of Competition Law..."* Op. cit. Pp. 365 y ss. Se destacan dos conductas no tan relevantes como las que se precisan en el cuadro, en sentido de que no puede crearse regulaciones específicas para los mercados minoristas cuando el mercado mayorista no cuenta con ningún tipo de regulación, lo que presupone que el mercado cuenta con total competencia, atendiendo a que el estrechamiento de márgenes se genera la falta de competencia en el mercado mayorista. Y ante la ausencia total de regulación, se constituye en el escenario preciso para que dicha conducta se concrete.



<b>COMO LOS PRECIOS DE LOS SERVICIOS A LOS USUARIOS FINALES.</b>	a que el operador solicite al regulador que se aumentan en la próxima revisión de precios con el fin de pueda excluir a todos sus competidores
<b>OTROS TIPOS DE CONDUCTAS</b>	Donde el operador, ya no puede interferir en las tarifas, al existir regulación en los precios tanto en el mercado mayorista como minoristas, sino en los propios servicios que suministra a su competidores.

**Cuadro 83 - Fuente Geradin, Damien y O'Donoghue, Robert - Creación Propia: Tipos de Estrechamiento.**

En el análisis que se realiza a través de la *intervención ex post*, la conducta vino a ser analizada después que se inició el proceso de liberalización en la Unión Europea, donde se han generado conflictos ante la Comisión y las Autoridades Reguladores en atención a sus poderes concurrentes sobre la conducta y la aplicación del Derecho de la Competencia.

En lo que respecta a las Autoridades de Competencia, particularmente la Comisión Europea, ha construido el concepto de estrechamiento a través de sus pronunciamientos, en los que se han determinado los elementos constitutivos de la conducta a la luz del artículo 102 del TFUE (antiguo 82 TCE).

La importancia que tienen los casos objeto de análisis, es que la Comisión por primera vez analizó la conducta aplicando los principios de la ley de la competencia, para determinar la existencia, no solamente de la conducta sino de la sanción aplicable. Por lo tanto, la intervención *ex post*, viene dada con el fin de verificar la existencia de una infracción e imponer la sanción correspondiente, cuya principal finalidad es tener un carácter persuasivo para que la infracción no se vuelva a producir en el mercado.

La problemática viene dada por la interfaz entre el Derecho de la Competencia y la Regulación sectorial, dando lugar a conflictos en la aplicación de ambas reglas en un asunto y la simultaneidad en los procedimientos que pueden realizar tanto la Autoridad Reguladora como la Autoridad de Competencia, o las competencias que puede tener la Autoridad Regulatoria en la aplicación de las normas de competencia o aplicar exclusivamente las normas sectoriales.

Como primera premisa, en los casos de estrechamiento ambas Autoridades son competentes (Autoridad Reguladora, la cual se escoge por su especialidad y conocimiento propio del mercado y Autoridad de Competencia, tanto nacional como la Comisión Europea)<sup>1809</sup>, respecto

<sup>1809</sup> Pueden originarse dos tipos de conflictos de competencia, uno de carácter vertical, entre los procedimientos que se adelanta por la Comisión Europea, como por parte de la Autoridad Nacional de Competencia y en la plano horizontal cuando se inician procedimientos ante la autoridad de competencia europea en este caso la Comisión Europea, sobre las bases propias del derecho de la competencia y ante la

de sus ámbitos competenciales. Lo cual conduce a que esta situación sea aprovechada por parte de los agentes para iniciar procedimientos paralelos con el fin de tener resultados contradictorios, en razón de que los datos con los que cuenta cada autoridad son diferentes, las pruebas no son las mismas<sup>1810</sup>.

Son diversos los mecanismos consagrados en las Directivas, (principalmente en la Directiva Marco) a través de los cuales se pretende garantizar la consulta y la coordinación entre este tipo de autoridades, de allí que surjan deberes de remisión de información; pero en dicho instrumento no especifica cuáles serán los mecanismos para evitar procedimientos paralelos; ha sido en sede nacional donde se han establecido diversos instrumentos para asegurar la cooperación y de esta manera evitar solapamientos entre la Autoridad de Competencia y las diversas Autoridades Reguladoras, cuya finalidad es establecer instrumentos de coordinación ante poderes concurrentes en un caso concreto con el fin de evitar que los agentes presenten denuncias antes las autoridades.

#### **8.3.4.2. Caso Deutsche Telekom**<sup>1811</sup>

En la Sentencia de 2008 en el caso de Deutsche Telekom, antiguo operador histórico y dueño de la infraestructura<sup>1812</sup>, el Tribunal General de la Unión Europea, dictaminó que aunque el regulador nacional había examinado las tarifas y las había autorizado, el comportamiento de DT “consistía en de una desproporción entre los precios mayoristas y minoristas de manera que la competencia era restringida” denominado estrechamiento de márgenes que restringía la competencia<sup>1813</sup>, lo cual era constitutivo de un abuso de posición dominante de acuerdo con lo establecido en el artículo 102 (antiguo artículo 82)<sup>1814</sup>. La Comisión no puede ser obligada por

---

autoridad reguladora, en aplicación de los mandatos previstos en la regulación específica en cada sector. En el caso de superposiciones verticales, el problema han sido resueltos a través dos instrumentos el primero el Reglamento 1/2003 y un conjunto de directrices, pero no se ha diseñado el mecanismo más óptimo para evitar los solapamientos entre las autoridades de competencia y las autoridades reguladoras, atendiendo a que ambas autoridades aplican diferentes reglas.

<sup>1810</sup> GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. “The Current Application of Competition Law... Op. cit. Pp. 380 y ss.

<sup>1811</sup> SENTENCIA. Asunto. T- 271/03. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 10 de abril de 2008. Sentencia. Asunto T-280/ 08P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de octubre de 2010. Recurso de Casación. ASUNTO COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579-Deutsche Telekom AG.

<sup>1812</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp. 66.

<sup>1813</sup> AGUILAR BRAVO, ANA. “Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 de abril de 2008 en el asunto T-271/2003, Deutsche Telekom c. Comisión: un comentario económico sobre el análisis de estrechamiento de márgenes”. En VVAA: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia. N° 10, 2009. Pp. 109-115. La sentencia confirma la obligación de las empresas dominantes integradas verticalmente de asegurar que la relación entre sus precios mayoristas y minoristas no infringe las reglas de competencia.

<sup>1814</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “La aplicación... Op. cit. Pp. 40. La trascendencia de esta Sentencia es que se constituye en la primera vez se analizo como conducta

una Decisión adoptada por un Regulador nacional, en el sentido de que si bien existía una regulación específica en materia de precios determinados por parte de la autoridad Reguladora, esto no impedía que la Comisión Europea posteriormente pudiera venir a determinar la existencia de un abuso de posición de dominio, por la existencia de un estrechamiento de márgenes de sus competidores, al cobrar precios superior en los servicios mayoristas de acceso al bucle local respecto de los precios que cobraba por los servicios minoristas por el acceso en el mercado mayorista<sup>1815</sup>.

Antes de proceder a analizar las relaciones entre la regulación y derecho de la competencia, es necesario precisar en qué consistía el estrechamiento por el cual fue sancionado Deutsche Telekom<sup>1816</sup>.

Estamos en presencia de un operador histórico o establecido, en el sector de la Telefonía Fija en Alemania. Dicho operador se encontraba obligado a ofrecer a sus competidores productos mayoristas el acceso al bucle local, para que estos pudieran prestar sus productos en el mercado minorista. Asimismo Deutsche Telekom, prestaba servicios en el mercado minorista destacándose la conexión telefónica y las llamadas entre otros.

Dicha conducta se realizó en dos períodos definidos por parte la Comisión<sup>1817</sup>:

-PRIMER PERIODO: (1998-2001)<sup>1818</sup>: Donde existía una desproporción en los precios de acceso del bucle local, los cuales eran superiores a los precios minoristas que cobraba Deutsche Telekom a sus clientes. Los precios del operador estaban regulados mediante el *Price cap*, distribuidos en dos cestas (clientes residenciales y empresariales). El comportamiento de la empresa debería orientarse a que aplicara la media de los precios del conjunto de servicios incluidos en la cesta en el porcentaje definido por parte de la Autoridad. El operador podría modificar sus precios, una vez recibiera la autorización por parte de la Autoridad Reguladora. La compañía, disminuyó sus tarifas del precio de las llamadas de telefonía, sin atender al porcentaje autorizado por parte del Regulador<sup>1819</sup>.

-SEGUNDO PERÍODO: (2002)<sup>1820</sup>: Donde si bien existió una intervención de la Aautoridad Regulatoria, los precios mayoristas eran inferiores a los minoristas, pero no existía el suficiente margen que permitiera cubrir los costes minoristas. La medida consistía en la imposición de precios máximos, donde las líneas telefónicas se integran en una cesta diferenciada. Asimismo, se determinó, dentro de la cesta donde se incluyo las líneas telefónicas, que el aumento de los precios minorista de las líneas analógicas, estaba limitado a un máximo de 4.1%. Pero a juicio

---

anticompetitiva el estrechamiento de márgenes, a pesar de que la práctica ya había sido reconocida en la a los acuerdos en el sector de las telecomunicaciones.

<sup>1815</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp. 66. “Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp. 65.

<sup>1816</sup> AGUILAR BRAVO, ANA. “Sentencia del Tribunal...Op. cit. Pp. 109 y ss.

<sup>1817</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Abuso de posición dominante... Op.cit. Pp. 171.

<sup>1818</sup> Sentencia Deutsche Telekom. Marginal 19.

<sup>1819</sup> Sentencia Deutsche Telekom. Marginales 121, 107 y ss.

<sup>1820</sup> Sentencia Deutsche Telekom. Marginales 20.

del Tribunal<sup>1821</sup> a pesar de esta intervención, el operador disponía de un margen de maniobra suficiente para aumentar los precios de sus servicios de ADSL y por consiguiente que se diera la compresión de márgenes<sup>1822</sup>.

La conducta cesar si el operador dominante hubiera solicitado, atendiendo a su margen de maniobra, en cuanto a las tarifas en el mercado minorista, el aumento de los precios de los servicios minoristas y de esta manera haber terminado el abuso<sup>1823</sup>. Como dice el Tribunal de Justicia, cuando sea mayor el poder del mercado de la empresa, se exige que éstas tengan una mayor responsabilidad a efectos de no distorsionar la competencia<sup>1824</sup>.

La Sanción impuesta por parte de la Comisión<sup>1825</sup> y posteriormente ratificada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión de Europea, responde a un abuso por estrechamiento de márgenes de carácter discriminatorio realizado por parte DT que es una empresa verticalmente integrada, en dos mercados a saber: el mercado mayorista de acceso a la red local a favor de las otras empresas y el minorista de servicio de acceso a la red por parte de los consumidores.

---

<sup>1821</sup> Sentencia Deutsche Telekom. Marginales 141, 143 y 151

<sup>1822</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Abuso de posición dominante... Op.cit. Pp. 172. Lo que se viene a cuestionar en el fondo es el sistema escogido por parte del regulador de *Price cap*. La finalidad, es dejar un margen de maniobra para que este pueda desarrollar su estrategia, teniendo de presente que este nunca podrá aumentar sus precios más allá del límite establecido por parte del Regulador. Efectivamente, tal como lo anuncia el autor, el riesgo que se corre con este sistema *está en la posibilidad que tiene el operador en bajar el precio de los servicios en los que la demanda sea muy elástica por debajo de su coste marginal, compensándolo con la subida de precios de otros servicios en los que la demanda sea inelástica*.

<sup>1823</sup> FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL. “Regulación sectorial y derecho de la competencia: compresión de márgenes en el mercado de telecomunicaciones (STJUE 14 de octubre 2010, Deutsche Telekom).” En VVAA: *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum*. Tomás-Ramón Fernández. Vol. 2, 2012. Coordinado por Eduardo García de Enterría Martínez-Carande y Ricardo Alonso García. Civitas. Madrid. 2012. Pp.3177-3208. *En el asunto Deutsche Telekom de 20034, la Comisión examinó el estrechamiento de márgenes consistente en la diferencia entre el precio mayorista de acceso desagregado al bucle local aplicado por Deutsche Telekom a sus competidores y los cargos por conexión y alquiler de la línea cargados a sus propios clientes minoristas*.

<sup>1824</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y... Op.cit. Pp. 103. Este deber ha de analizarse en función de las características del mercado y las circunstancias del caso concreto, pero se reconoce más exigente cuanto mayor sea el poder del mercado de la empresa. De ahí que Deutsche Telekom viniera “obligada a presentar solicitudes de modificación de sus tarifas cuando perjudican el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común”.

<sup>1825</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “El estrechamiento...Op.cit. Pp. 227. La Comisión en su análisis determino dos periodos a saber. El primer periodo comprendido entre los años 1998 a 2001, en el que DT había cobrado a sus competidores por el acceso mayorista al bucle local más de lo que cobrara sus clientes en el mercado minorista. La conducta realizada por lo tanto su conducta se enmarca dentro del estrechamiento de márgenes ya que su conducta por sí misma, afectaba la competencia en el mercado descendente.

El segundo período corresponde al año 2002. En dicho periodo los precios que el operador mayorista cobraba a sus competidores en el mercado ascendente si eran inferiores a los que estaba cobrando a sus clientes finales por el acceso a los servicios, pero a juicio de la Comisión dicha diferencia no era suficiente para determinar que esta era lo suficientemente amplia para cubrir los costes de los servicios específicos en que incurría el propio operador para proveer dicho acceso a los usuarios finales. Asimismo, la intervención realizada por parte de la autoridad reguladora, en materia tarifaria no fue suficiente para evitar que dicha conducta se siguiera realizando.

La particularidad del primer mercado es que se encontraba regulado, las tarifas eran fijadas por parte del regulador en función de los costes de prestación de los servicios. En el segundo mercado, la determinación de los costes estaban dados en función las cestas de precios máximos según el tipo de cliente, sea este particular o empresa a través del sistema *Price cap*<sup>1826</sup>; si bien, existían dichos precios, esto no impedía a que el operador dominante pudiera modificar los precios de sus servicios dentro de los máximos establecidos por parte del regulador. En ambos mercados ostenta posición de dominio y en mercado mayorista de acuerdo con la normativa este tenía la obligación de garantizar el acceso a sus competidores. A juicio de la Comisión, la empresa había aprovechado su margen de maniobra que le dejaba la regulación para poner en práctica la conducta, dejando si margen alguno a sus rivales de competir en el mercado minorista.

Otro aspecto, que sobresale en este fallo, es la clarificación de la metodología aplicable para detectar el estrechamiento de márgenes, cuyo objetivo como hemos descrito anteriormente, es el determinar los efectos anticompetitivos de la política de precios aplicada por el operador integrado verticalmente integrado, con el fin de que se pueda constatar cuales son los márgenes con los que se cuentan en los mercados minoristas y si estos son lo suficientemente amplios para garantizar o no la entrada de nuevos operadores o la permanencia de los que se encuentran compitiendo<sup>1827</sup>.

Si bien, la Comisión tenía la posibilidad de escoger uno u otro test (test del competidor razonablemente eficiente y el test del operador igual de eficiente), generando un criterio dubitativo respecto que sería aplicado. La Sentencia objeto de estudio, clarifica este aspecto, en el análisis del estrechamiento de márgenes, al decir que viene dado en función de los costes en los que incurre la empresa dominante y no en lo que realizan sus competidores<sup>1828</sup>, Por eso se adopte por el test del competidor igual de eficiente, test que se realiza en función de sus costes y tarifas y no en la situación de sus competidores<sup>1829</sup>, aspecto que era reclamado por parte Deutsche Telekom. La elección de este criterio, como señalala Comisión y que es ratificado por parte del Tribunal de Justicia, es que el test que más se ajusta tanto al principio de seguridad

---

<sup>1826</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y... Op.cit. Pp. 99 y ss.

<sup>1827</sup> TORRES, ISABEL. “Regulación sectorial...Op. cit. Pp. 3178

<sup>1828</sup> Apartado 188 del margen 143, precisándose “Debe afirmarse que aunque el juez comunitario hasta el momento no se haya pronunciado explícitamente sobre el método que ha de aplicarse para determinar la existencia de compresión de márgenes, de la jurisprudencia se desprende claramente que el carácter abusivo de las prácticas tarifarias de una empresa dominante se determina, en principio, sobre la base de su propia situación y, por tanto, atendiendo a sus propias tarifas y costes, y no en relación con la situación de sus competidores efectivos o potenciales”.

<sup>1829</sup> Apartado 196 “el criterio del competidor igual de eficiente utilizado por el Tribunal en la sentencia recurrida consiste en examinar si las prácticas tarifarias de una empresa dominante amenazan con expulsar del mercado a un operador económico tan eficiente como dicha empresa basándose únicamente en las tarifas y los costes de ésta, y no en la situación específica de sus competidores, actuales o potenciales”.

jurídica, ya que se impide que la empresa dominante tenga acceso a la información de sus competidores principalmente en lo que corresponde a sus costes y sus ingresos<sup>1830</sup>.

#### **a. Aplicación Conjunta de la Regulación y el Derecho de la Competencia**

Ahora bien, punto determinante de este fallo, está relacionado con la coexistencia tanto de las normas de competencia como las de derecho de la competencia, encargadas de regular los mismos aspectos de una misma actividad, sujeta a la existencia de diversas autoridades de supervisión y control, tanto en el ámbito nacional como el europeo.

Las tarifas que eran aplicadas por parte de los operadores, previamente habían sido autorizadas por parte del Regulador, atendiendo a las facultades dadas a este tipo de organismos y el control posterior de estas tarifas que produjeron el estrechamiento de márgenes por parte de la Autoridad de Competencia comunitaria de manera *ex post*. A juicio de muchos autores, viene a ser considerado como un cuestionamiento a la labor de los reguladores y al papel que desempeñan en los mismos mercados<sup>1831</sup> y del mismo desarrollo de la actividad que es realizada por parte de los operadores, ya que la confianza depositada en las tarifas autorizadas por el Regulador al controlar previamente no debería ser cuestionadas por parte de la Autoridad de Competencia, cuando efectivamente los márgenes de maniobra pueden ser reducidos por parte de las autorizaciones dadas por parte de la autoridad competente en esta materia<sup>1832</sup>.

El aspecto fundamental sobre el que gravita la decisión es la relación existente entre la regulación sectorial y la normativa de competencia<sup>1833</sup>, que regulan los mismos aspectos de

---

<sup>1830</sup> TORRES, ISABEL. "Regulación sectorial... Op. cit. Pp. 3190. La elección de este criterio a juicio de la autora, puede derivar en inconvenientes, al ser un test muy abstracto, y en determinados supuestos muy difícil de determinar los costes reales en los que incluye el operador dominante.

<sup>1831</sup> *Ibíd.* Pp. 3180. *Porque si después de haberse autorizado éstos cabe un examen ex post desde el punto de vista del derecho de la competencia ¿para qué sirven los reguladores? Más aún ahora, ¿para qué sirve el recientemente creado Body of European Regulators for Electronic Communications -BEREC- regulador paneuropeo de las telecomunicaciones?*

<sup>1832</sup> *Ibíd.* Pp. 3181. *Es cierto que cuando existe margen de autonomía empresarial han de aplicarse los artículos 101 y 102 TFUE pero, a mi entender, el Tribunal se equivoca al ignorar lo particular del asunto Deutsche Telekom en el sentido de que en ese caso concreto, el margen de autonomía era especialmente reducido ya que los precios mayoristas habían sido aprobados por la autoridad competente y los precios minoristas estaban sujetos a un techo máximo fijado por el regulador sectorial. Con respecto a los precios minoristas, se puede llegar a aceptar la postura mantenida por el Tribunal ya que parece claro que éstos pueden generar un efecto de exclusión respecto de los competidores causando así, a largo plazo, un perjuicio mayor que el que deriva -en el corto plazo- del incremento de los precios a los abonados. Sin embargo, en relación con los precios mayoristas parece más difícil admitir que éstos sean abusivos puesto que habían sido previamente aprobados por el regulador sectorial (lo que, en todo caso, debería haber llevado a la Comisión a incoar un procedimiento por incumplimiento contra la República Federal de Alemania). Sin embargo, entiende el Tribunal que el operador histórico tenía todavía margen de maniobra (vid. apartado 80 de la Sentencia Deutsche Telekom). La culpabilidad del operador histórico se fundamenta en que no solicitó a las autoridades sectoriales permiso para incrementar sus precios en beneficio de sus competidores.*

<sup>1833</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. "Regulación sectorial y... Op. cit. Pp. 100. Uno de los aspectos de la defensa de Deutsche Telekom, es que sus tarifas fueron sometidos a un doble análisis y por consiguiente a

una misma actividad, así como a la existencia de diversas entidades encargadas de supervisar y controlar los mercados<sup>1834</sup>.

Si bien no se puede desconocer la importancia que ha tenido la regulación en la apertura de los mercados, la duplicidad de normas ha traído como consecuencia afectaciones a la seguridad jurídica y al principio de proporcionalidad. Por consiguiente la convivencia entre las tareas desempeñadas por parte de cada organismo se torna confusas, discordantes y divergentes<sup>1835</sup>. De ahí la conveniencia de establecer los límites tanto de ambas normativas y de sus propias funciones.

Se parte del criterio en el que a la regulación se le asignaba un carácter transitorio, la cual debería ser retirada cuando el mercado contara con plena competencia, por lo que se consideraba que la única autoridad encargada una vez se sustrajera la regulación sería la Autoridad de Competencia.

Por esta razón, paulatinamente, se fueron introduciendo a la regulación sectorial, los principios y metodologías propias del Derecho de la Competencia, privilegiando al mercado y precisándose que solohabría lugar a intervenciones por parte de la autoridad cuando la competencia fuera amenazada de forma efectiva.

Pero tal como lo señalamos en la primera parte de este capítulo, las particularidades de los sectores vinculados a las infraestructuras de red, condicionan la aplicación plena del Derecho de la Competencia y por consiguiente es necesaria la conservación de la regulación y las medidas impuestas a través de esta forma de intervención, atendiendo en muchas ocasiones a que la intervención *ex post*, puede ser más restrictiva.

La particularidad que se enuncia en este fallo, es que a pesar de existir autorizaciones previas en materia de precios, no se elimina el margen de autonomía de la empresa y por consiguiente, este marco de cobertura no lo protege respecto de futuras reclamaciones por transgresiones al Derecho de la competencia.

La Sentencia lo que viene a confirmar es que, los objetivos previstos por la regulación *ex ante* cuyo afán es corregir al mercado y por consiguiente promover la competencia, mientras el derecho de la competencia busca corregir, por lo que en sus esferas de actuación existe un carácter complementario de ambos tipos de intervención.

---

una doble regulación, siendo contraria a los principios imperantes en el TFUE, principalmente a los de proporcionalidad y seguridad jurídica.

<sup>1834</sup> FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL. “Regulación sectorial...Op. cit. Pp. 3205.

<sup>1835</sup> GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. “The Current Application of Competition Law...Op. cit. Pp. 409 y ss. En igual sentido, FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL. “Regulación sectorial...Op. cit. Pp. 3203 y ss.

Por lo tanto, como indica LAGUNA DE PAZ<sup>1836</sup>, son cuatro aspectos fundamentales, en el ámbito de una aplicación complementaria de la regulación y el derecho de la competencia y las relaciones entre competencia en el ámbito comunitario y reguladores nacionales.

1. Puede existir supuestos en que la regulación *ex ante*, deja un margen de maniobra para que el operador en su momento pueda realizar prácticas contrarias a la competencia
2. Si bien puede existir una regulación de precios, esta no excluye el margen de actuación por parte del operador y su responsabilidad.
3. Las actuaciones previas en el ámbito nacional no desplazan la competencia que tiene la Comisión Europea para analizar la conducta a la luz del Tratado de Funcionamiento y si esta se enmarca dentro del art. 102 del TFUE.
4. Respecto a la conducta que es el estrechamiento de márgenes, tiene por objeto restringir o por lo menos tiene ese efecto

La controversia se origina, porque en el ámbito de cobertura dado por parte de la autoridad regulatoria en materia tarifaria no garantiza la posterior aplicación de las normas del derecho de la competencia cuando se determine que la regulación no ha cubierto todos los espacios para que el operador pueda realizar conductas que sean contrarias a la libre competencia. Más aun cuando la propia empresa influye en la determinación en el importe de las tarifas minoristas<sup>1837</sup>. Para que la normativa de competencia pueda ser aplicada debe existir como ya lo hemos reiterado anteriormente que exista un margen de maniobra para que el operador pueda injerir en el comportamiento del mercado.

Los supuestos en los que no habrá lugar a la aplicación de normativa anticoncurrencial se darán cuando la norma nacional imponga a las empresas una actuación anti competencial o el marco regulatorio sea lo suficientemente completo que impida un comportamiento competitivo, aspectos que han sido ratificados por parte de la jurisprudencia atendiendo a un criterio restrictivo<sup>1838</sup>.

Atendiendo a los anteriores criterios, el fallo del Tribunal viene a indicar que si bien puede existir un control de precios por parte de la Autoridad Reguladora, si este no elimina el margen de maniobra del operador y por consiguiente de su respectiva responsabilidad por la realización de conductas anticompetitivas, puede llegar a ser sancionado.

En el caso concreto, el sistema elegido por parte del regulador en el mercado minorista de *Price cap*, donde era la empresa que suministraba los precios para la conformación de las tarifas que hacían parte de la cesta, determinaban su amplio margen de maniobra. Recuerda

---

<sup>1836</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Abuso de posición...Op. cit. Pp. 169-170.

<sup>1837</sup> *Ibíd.* Pp. 171. *De ahí que los efectos restrictivos de la competencia ligados a la compresión de márgenes no tengan su origen en la normativa nacional.*

<sup>1838</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y... Op. cit. Pp. 100Pp. 100. Tal como lo precisa el autor, habrá lugar a la aplicación de las normas del derecho de la competencia en los supuestos en los que la ley se limita a fomentar o a facilitar comportamiento autónomos de las empresa contrarios a la libre competencia, lo cual habilita a que las conductas que sean realizadas por parte del operador puedan ser sometidas a lo establecido en los artículo 101 y 102 del tratado.



LAGUNA DE PAZ<sup>1839</sup> “De ahí que los efectos restrictivos de la competencia ligados a la compresión de márgenes no tengan su origen solamente en la normativa nacional. La conducta prohibida consiste en la no utilización por parte de la empresa del margen de actuación que la deja la regulación sectorial, con el fin de eliminar o reducir la compresión de márgenes.”

Asimismo, el fallo viene a precisar que la intervención que se realice en sede nacional no desplaza la competencia que tiene la Comisión Europea en la aplicación de lo previsto en el artículo 102 del TFUE, aspecto que viene a ser reiterado nuevamente en la Sentencia Telefónica<sup>1840</sup>.

Sobre este aspecto la Sentencia, precisa aspectos sobre materia, principalmente en lo que corresponde al conjunto de relaciones existentes entre la regulación y la competencia:

<p><b>APLICACIÓN DE LAS NORMAS GENERALES DE LA COMPETENCIA</b><sup>1841</sup></p>	<p>La aplicación de las normas de competencia corresponde a la autoridad de competencia y no a los reguladores sectoriales<sup>1842</sup>, estas últimas como finalidad la aplicación de otros criterios y finalidades que no solo se limitan a la competencia<sup>1843</sup>.</p> <p>De allí que se precise que tanto la regulación como el derecho de la competencia sean complementarias<sup>1844</sup>: <i>su simultanea aplicación</i></p>
---	---

<sup>1839</sup> Ibídem. Pp. 101.

<sup>1840</sup> Sentencia Telefónica-Wanadoo. Marginales 677, 683 y ss.

<sup>1841</sup> GARCIA-VILLARUBIA, BERNABÉ y MAGIDE HERRERO, MARIANO. “El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto “Planes claros”)”. En VVAA: Revista de Derecho Mercantil. N° 261, 2006. Pp. 1087-1120.

<sup>1842</sup> Sentencia del Tribunal de Supremo. Sala de lo Contencioso. Sección 3ª. N° de Recurso: 9174/2003. Ponente MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA Donde se reconoce dicha atribución a la autoridad de competencia... *Sólo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene la capacidad de declarar y sancionar un abuso de posición de dominio...*

<sup>1843</sup> Sentencia Deutsche Telekom. Marginal 113. Donde se viene a destacar que la actividad de dichas autoridades se enmarca dentro de las políticas generales de las telecomunicaciones y por consiguiente no corresponden a los objetivos que quieren ser alcanzados por parte de la política comunitaria en materia de competencia.

<sup>1844</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Abuso de posición...Op. cit. Pp. 172. Nota 24. Donde se destaca el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, sobre las tarjetas de prepago, en el que realiza la distinción entre las atribuciones y competencias tanto de la Autoridad de Competencia como del regulador “RTDC de 1.3.2007, Tarjetas prepago de Telefónica (expedite. 610/06). [firme]: <<este Tribunal es el único órgano administrativo competente para determinar si hay infracción a la competencia y sancionarla. La CMT, por su parte, incluso es su función de velar por la competencia, actúa ex ante, imponiendo obligaciones de hacer y no hacer, y su potestad sancionadora se refiere al incumplimiento de su propia resolución de hacer o no hacer, con capacidad de sancionar los incumplimientos, pero no las prácticas anticompetitivas ex post. Dicha potestad sancionadora y la sanción que se imponga está protegiéndola ‘autoritas’ de la CMT, en el ejercicio de las atribuciones de la Ley le atribuye para ordenar el mercado de las telecomunicaciones. Es

	permite que cada una de ellas-desde su círculo de competencias-proteja el interés público en juego <sup>1845</sup>
<b>FACULTAD DE LA COMISIÓN EUROPEA DE APLICAR LOS ARTICULOS 101 Y 102 DEL TFUE.</b>	<p>La Comisión Europea está facultada para aplicar los artículos 101 y 102. Precisando que a pesar de que exista un pronunciamiento previo por parte de un órgano judicial, no impide que la Comisión pueda decir en forma contraria a lo decidió en el ámbito nacional. Si bien puede existir un control previo respecto de las medidas a la luz del Tratado, no impide que en una fase posterior sea la Comisión atendiendo al ámbito competencial pueda verificar la existencia o no la infracción.</p> <p>Por lo tanto, la Comisión no puede estar vinculada por una resolución o sentencia proferida por un órgano jurisdiccional nacional<sup>1846</sup></p>
<b>LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMPETENCIA COMUNITARIAS SON PREFERENTES A LA NORMATIVA NACIONAL<sup>1847</sup></b>	Se precisa, que las normas en materia de competencia europeas son preferentes a las normas nacionales. Por consiguiente, en el supuesto que se recurra una actuación de la autoridad reguladora ante un órgano judicial, no impide que aplique de manera conjunta tanto la norma estatal en materia de competencia, como la normativa de competencia en esta materia, teniendo como límite que la actuación puede llegar a afectar al comercio entre Estados miembros
<b>LA INTERVENCIÓN QUE SE REALICE</b>	Las intervenciones que se realicen por parte del órgano regulador no pueden tener un

solo en este ámbito en el que actúa y puede actuar la CMT, constituyendo su objeto la sanción por incumplimientos a las obligaciones específicas impuestas a los operadores por la CMT y no la imposición de sanciones a los conductas tipificadas como anticompetitivas en general y en abstracto en la LDC>> (FJ 3°).

<sup>1845</sup> Ibíd. Pp. 173.

<sup>1846</sup> Sentencia Deutsche Telekom. Marginal 120.

<sup>1847</sup> JELEZTCHEVA JELEZTCHEVA, MARÍA. *Las autoridades de defensa de la competencia: los Estados Unidos y la Unión Europea: España y Bulgaria*. Dirigida por, Juan de la Cruz Ferrer. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. 2007. *La supremacía como principio del derecho comunitario ha sido establecida por primera vez en el asunto 6/64 Costa/E.N.E.L.(1964)La supremacía del derecho comunitario es una consecuencia del "efecto útil" del TCE :la obligación de los Estados miembros de no impedir que las normas del TCE se puedan aplicar plenamente en sus territorios, manteniendo o dictando una normativa estatal que no imponga o favorezca la existencia de supuestos anticompetitivos*

<p><b>POR PARTE DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA PUEDE NO TENER UN CARÁCTER SANCIONADOR.</b></p>	<p>carácter sancionador, de allí que no pueda verse afectado el principio del <i>non bis in idem</i>. Más aun este principio no se infringe cuando las sanciones que se imponen responden a incumplimientos según el marco competencial ya sea este el de la autoridad reguladora o el de la autoridad de defensa de la competencia<sup>1848</sup>.</p>
--	---

**Cuadro 84 - Fuente Recurso de Casación. ASUNTO COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579-Deutsche Telecom AG - Creación Propia: Aplicación de las Normas de Competencia y los Poderes de la Comisión Europea.**

Respecto a la conducta realizada por parte de DT, se determinó por parte de la Comisión Europea, que el estrechamiento de márgenes, constituía por sí misma una forma de explotación abusiva, en este caso concreto sin precios mayoristas abusivos y/o precios minoristas predatorios<sup>18491850</sup>.

La Comisión determinó que los márgenes con los que contaba DT hubiesen sido insuficientes para cubrir los costes específicos derivados de la prestación de los servicios, aplicando la metodología definida por parte de la Comisión del test del competidor eficiente o *as efficient competitor test*<sup>1851</sup>.

Un aspecto a destacar, al hilo de esta sentencia, es la especial diligencia exigida a las empresas con posición dominante<sup>1852</sup>, en el entendido a que con sus conductas no puede distorsionar la

<sup>1848</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Abuso de posición...Op. cit. Pp. 174.

<sup>1849</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “La aplicación... Op. cit. Pp. 40.

<sup>1850</sup> FERNÁNDEZ TORRES, ISABEL. “Regulación sectorial...Op. cit. Pp. 3190 y ss. Quien precisa cual ha sido la línea decisoria de la Comisión ha gravitado entre la determinación si el estrechamiento de márgenes por si sola es un supuesto autónomo de abusos de posición de dominio, o si dicha conducta puede constituir una infracción a lo previsto en el artículo 102 del TFUE antiguo 82 del TCE, cuando se determine que la diferencia existente entre el precio mayorista y el precio minorista fuera negativa o cuando fuera insuficiente para cubrir los costes del propio operador verticalmente integrado en el mercado mayorista, tesis que se desarrollo en el Asunto Deutsche Telekom y posteriormente ratificada en el asunto Telefónica, en el que la Comisión determino que el estrechamiento de márgenes constituía un caso claro de abuso, yendo vas más allá en el sentido de determinar que no será necesario probar que el precio minorista fuera predatorio. Este ultimo pronunciamiento se constituye en un punto de inflexión respecto a lo señalado por parte del Tribunal en el asunto Industrie des Poudres Sphériques, precisándose que no podría considerarse como ilícita una conducta cuando el precio mayorista no es abusivo y el minorista es predatorio.

<sup>1851</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. “El abuso de posición de dominio...Op. cit. 281. Según la Comisión, la demandante infringió el artículo 102 TFUE al facturar a sus competidores por sus servicios mayoristas precios superiores a los precios minoristas que factura a sus abonados aplicando una tarifa abusiva en forma de compresión de márgenes. En su defensa, DT enhebra múltiples argumentos; pero a los efectos de este estudio, interesa destacar el primero de ellos, por entrar a fondo en la conflictiva relación en regulación y Derecho anti trust: la dominante carecía de margen de maniobra para establecer las tarifas mayoristas, fijadas por el regulador. Tampoco controlaba las tarifas minoristas, dado el sistema de <<cestas>> previsto por la norma. Tal falta de maniobra impide imputarle el comportamiento anticompetitivo, del cual debería responder el regulador.

<sup>1852</sup> Sentencia Deutsche Telekom, Marginal 210.

competencia y por consiguiente deben atender a las medidas que se le impongan; en este caso concreto la obligación de presentar solicitudes de modificación de sus tarifas cuando puedan perjudicar el desarrollo de la competencia o falsear. Asimismo, se precisa que si bien éste es un límite, no impide que la empresa pueda desarrollar otro tipo de actividades, atendiendo a medios razonables y apropiadas a tendiendo a las realidades del mercado<sup>1853</sup>

#### **b. Diferencias con el Modelo Norteamericano**<sup>1854</sup>

El fallo proferido por el Tribunal de Justicia viene a constituir un punto de inflexión respecto a los criterios establecidos por parte del Tribunal Supremo Americano<sup>1855</sup>, que debe tenerse en cuenta para la aplicación del derecho de la competencia en los sectores regulados. Especialmente en lo que corresponde al estrechamiento de márgenes, precisándose que si bien tanto la regulación como las normas de competencia pueden ser aplicadas de manera conjunta, se deben analizar las ventajas que se deriva de la aplicación de la normativa anticoncurrencial, más aun se ponderan los efectos negativos que pueden darse en el mercado por la aplicación conjunta de ambas normativas<sup>1856</sup>.

---

<sup>1853</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. “Abuso de posición...Op. cit. Pp. 177 y ss. *La prohibición de abuso de posición dominante no contempla excepciones, a diferencia del art. 81 TCE. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido que la conducta puede no estar sujeta a dicha prohibición, si la empresa dominante aporte una justificación objetiva para su actuación, que puede ser la defensa de los intereses comerciales.*

<sup>1854</sup> Sentencia Deutsche Telekom. Marginales 205 y ss.

<sup>1855</sup> TORRES, ISABEL. “Regulación sectorial...Op. cit. Pp. 3190 y ss. Pp. 3191. La jurisprudencia de los Tribunales Norteamericanos en materia de estrechamiento de márgenes puede dividirse en tres etapas a saber, todo orientado a la libertad contractual de las empresas en posición de dominio y de la esencialidad del recurso:

1ª Etapa: En la que se reconoció por parte del Tribunal que el estrechamiento de márgenes era una práctica que constituía una infracción a la Sherman Act sección, tal como se preciso en la Sentencia United States c. Alminun Co. Of Am. De allí que se determinara que el derecho de la Competencia o anti trust, era el que debería prevalecer la protección y el bienestar de los consumidores.

2ª Etapa: Es a través de la Sentencia Verizon Communications Inc. v. Law Office sor Curtis v Trinko, donde se advirtió los peligros que podrían derivar la aplicación de las normas provenientes del derecho de la competencia, en el entendido que la obligación a dar acceso a sus competidores podría generar más inconvenientes que beneficios para el mercado. Tal como lo precisa la autora *En esta sentencia el Tribunal Supremo sugiere que sólo cabe excepcional el principio de libertad de contratar cuando en el curso de las negociaciones la empresa dominante modifica los términos de la relación contractual perjudicando a la otra parte contratante, el competidor.*

3ª Etapa que se inicia en el año 2009 a través de la sentencia Linkline Comm, Ns, Ibc, vs. South Bell Corp. Ca. 2009. Donde se precisa por parte del Tribunal Supremo que no existe la obligación de contratar a nivel mayoristas y los precios minoristas no son predatorios, por consiguiente no puede exigirse a la empresa establecida que esta proporcione sus servicios a un nivel de precios que garantice que sus competidores puedan obtener márgenes de beneficios.

<sup>1856</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y... Op.cit. Pp. 108 y ss. *En los últimos años, la cuestión también se ha planteado en EEUU. A este respecto, la jurisprudencia ha sentado el criterio de que – en los sectores sujetos a una regulación sectorial que protege la competencia – no es excluye la aplicación de las normas anti trust, aunque se advierte que éstas tendrán virtualidad escasa [ <<When the exists a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm, the additional benefit to*

En el asunto Trinko<sup>1857</sup>, la Corte Suprema adoptó como lo hemos anunciado un enfoque diferente al de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia<sup>1858</sup> en el asunto Deutsche Telekom y que viene a replicarse en las sentencias Wanadoo y Telefónica. En este caso estábamos en presencia de un operador dominante, Verizon Communications INC, quien prestaba su carrier local, en el Estado de Nueva York hasta la expedición de la Telecommunications Act of 1996, en la que se le obligaba a compartir parte de sus redes locales con los nuevos competidores; asimismo, se incluía la obligación de dar acceso de manera desagregada a algunos elementos de su red, así como suministrar sistemas de apoyo, que le permitía a sus competidores llenar las órdenes de sus clientes.

En año de 1999, uno de las empresas competidoras locales CLEC *competitive local exchange carriers*, presentó queja ante las Autoridades, tanto de Competencia como de Regulación, indicando que Verizon estaba incumpliendo las obligaciones de proporcionar acceso a las operaciones de sistemas de apoyo. Tanto la Comisión de Servicio Público (PSC) del Estado de Nueva York y la Comisión Federal de Comunicaciones (FFC), dieron inicio a investigaciones paralelas, lo que llevó a que se adoptaran órdenes tanto por el PSC y un decreto de consentimiento por parte de la FFC.

Posteriormente se presentó una demanda antimonopolio por parte del bufete de abogados Trinko, quien había comprado los servicios de uno de los CLEC, en la que se alegaba que la compañía Verizon había transgredido el artículo 2 de la Sherman Act<sup>1859</sup>. La conducta realizada por Verizon consistía es que este operador llenaba las ordenes de sus rivales de forma discriminatoria, con el fin de desalentar a la cliente para que se convirtiera en cliente de sus competidores.

La Decisión adoptada por parte de la Corte, en primer lugar viene a señalar que la demandante no presento su demanda en virtud de los dispuesto en el artículo 2 de la Sherman Act. Como segundo supuesto, que el caso objeto de estudio existían circunstancias excepcionales, en los que los titulares de los insumos esenciales no están obligados a suministrarlos a sus competidores. El punto más importante y que por consiguiente rompe con la línea Decisoria de la Comisión Europea, es que no se aplicó por parte del Corte Suprema el artículo 2 de la Sherman Act, en atención a que existía un marco legal específico, en este caso la regulación sectorial, la cual había sido diseñada para impedir y remediar el daño anticompetitivo, por lo

---

*competition provided by anti trust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the anti trust laws contéplate such additional scrutiny>> (Trinko)]. Además, deberán ser aplicadas con prudencia, con el objeto de no dañar la imprescindible seguridad jurídica que debe acompañar a las normas anti trust (LinkLine). La actitud restrictiva del Tribunal Supremo se ha dicho que podría chocar con la política de la nueva Administración estadounidenses, que pretende <<vigorizas>> la aplicación de las normas anti trust.*

<sup>1857</sup> Asunto Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP 540 U.S. 682, (2004).

<sup>1858</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO “Regulación versus Competencia... Op. cit. Pp. 54 y ss.

<sup>1859</sup> Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

tanto ésta excluye la intervención de la Autoridad de Competencia y por consiguiente su régimen legal.

Asimismo, la Corte precisa varios aspectos respecto de la aplicación concurrente tanto de la legislación sectorial, como la de competencia, en el sentido de que esta última debe estar en concordancia con la legislación sectorial y la estructura diseñada para cada sector en particular. La existencia de una estructura regulatoria está dada para disuadir y remediar los daños a la competencia. La intervención y beneficios que pueda generarse por la aplicación de la normativa anticoncurrencial serán mínimos, de allí que se prefiera a la especialidad del régimen regulador específico ante la normativa de competencia.

Tal como lo indican GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT <sup>1860</sup>, la diferencia entre los dos enfoques, viene dada por el carácter que se le da al Derecho de la Competencia. En el modelo americano, se precisa que el Derecho de la Competencia tiene una aplicación residual en los supuestos en los que exista una regulación sectorial específica. En el caso concreto, el régimen de telecomunicaciones comprendido por Telecommunications Act of 1996 y las órdenes complementarias, han definido un régimen completo, con enorme detalle, a diferencia del sistema creado y previsto sobre esta materia en la Unión Europea, a través de un conjunto de Directivas donde se imponen obligaciones específicas, dando una prevalencia a la legislación de competencia a diferencia del modelo norteamericano

El segundo aspecto que se destaca, en la utilización de instrumentos apropiados para dar por finalizada la conducta del operador, como sucedió en el caso Verizon, no como sucedió en el caso Deutsche Telekom, y de igual manera en el caso Telefónica.

Y tal vez el aspecto más relevante, viene dado por la jerarquía entre la Ley de Telecomunicaciones y la Ley de Competencia, las cuales tienen el mismo rango legal y por consiguiente prima el principio hermenéutico, en la que la ley especial se prefiere a la ley general. En ámbito de la Unión Europea, la regulación sectorial viene dada a través de un conjunto amplio de Directivas a las cuales hicimos referencia en el primer capítulo y las normas de competencia cuyo fundamento se encuentra en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; de ahí que el juez comunitario en el momento dar solución a un caso concreto, no podría llegar a considerar que la legislación secundaria desplaza a la legislación primaria. Tampoco se puede desconocer los amplios poderes asignados a la Comisión y los poderes otorgados a la misma para hacer cumplir las normas de competencia; por consiguiente, el margen de actuación de la Comisión Europea, estaría limitado cuando esta valore cada uno de los remedios aplicados a cada asunto y se comprobara que el remedio utilizado puso fin o no a la problemática presentada que afectó la competencia, lo cual se constituirá en un marco adecuado para sector en particular. En los supuestos en los que escogió un remedio inadecuado se habilita la competencia de la CE para actuar.

---

<sup>1860</sup> GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. *"The Current Application of Competition Law..."* Op. cit. Pp. 409 y ss.

Hay dos razones principales por las cuales se limitaría la actuación por parte de la CE<sup>1861</sup>:

<p><b>CONOCIMIENTO DEL SECTOR</b></p>	<p>La posible exclusión de la autoridad de competencia viene dada, en atención a que los reguladores sectoriales específicos se encuentran en mejores condiciones que la propia Comisión para conocer de primera mano los asuntos pertinentes al mercado, principalmente en lo que corresponde a la determinación de las tarifas, los productos que se ofrecen, que llevan a hacer necesario conocimientos especializados en esta materia y que la CE no realiza.</p> <p>El mecanismo más óptimo sería que se realizaran valoraciones permanentes sobre las decisiones adoptadas, principalmente en materia tarifaria, y de ser necesario establecer otros mecanismos para proteger la estructura del mercado</p>
<p><b>DECISIONES CONTRADICTORIAS</b></p>	<p>La existencia de ambos mecanismos de intervención con sus particularidades, aumenta el riesgo de se expidan decisiones contradictorias, como ha sucedido tanto en el contexto nacional, como en el contexto comunitario.</p>

**Cuadro 85 - Fuente Geradin, Damien y O'Donoghue, Robert - Creación Propia: Exclusión de la Autoridad de Competencia por Parte de la Autoridad Regulatoria.**

En los supuestos, en los que se verifique que el régimen establecido para proteger la estructura del mercado es insuficiente o deficiente por omisión o negligencia del regulador, habilita a la autoridad de competencia en este caso a la CE, para iniciar procedimiento conforme a lo previsto en el artículo 102 del TFUE, como sucedió en los casos Deutsche Telekom y Telefónica, en los supuestos en que el régimen creado es contrario al Derecho de la Unión.

#### **8.3.4.3. Caso Telefónica**

En el año 2007 la Comisión adoptó la Decisión Wanadoo España c. Telefónica<sup>1862</sup> que a juicio de esta entidad se constituye un excelente ejemplo de lucha contra los monopolios en un

<sup>1861</sup> Ibid, 410 y ss. En igual sentido, OCDE: *Relationship between regulators and competition authorities*. 24 de junio de 1999. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/sectors/1920556.pdf> [En línea]. (Consultado 1/03/2014).

mercado regulado, el mercado de acceso mayorista de banda ancha (o acceso indirecto) en España<sup>1863</sup>.

Dicha Decisión, fue ratificada mediante dos Sentencias proferidas por parte del Tribunal General del 29 de marzo de 2012 (Asuntos T-336/07<sup>1864</sup> y T-398/07), en las que se resuelven los recursos interpuestos por Telefónica, S.A y por Telefónica de España, S.A y por el Reino de España, respecto a la Decisión proferida en el 4 de julio de 2007.

En la sentencia T-336/07, se viene a desestimar el recurso interpuesto por Telefónica respecto a la Decisión adoptada, en la que sancionó a Telefónica por haber infringido el artículo 82 (actual artículo 102 del TFUE)<sup>1865</sup>, por no aplicar tarifas equitativas en la prestación de los servicios mayoristas y minoristas del acceso de banda ancha, concretándose en un abuso de su posición de dominio durante el período comprendido entre el 2001-2006, en un estrechamiento de márgenes entre los precios mayorista que Telefónica a través de sus filiales cobraba a sus competidores por el suministro de acceso de banda ancha, particularmente en los mercados regionales y nacional y de los precios minoristas que cobrarán a los usuarios finales<sup>1866</sup>.

El problema radica en determinar cómo lo precisa el Tribunal en determina si *“una práctica tarifaria de una empresa dominante verticalmente integrada que tenga carácter no equitativo en la medida en que comprime efectivamente los márgenes de los competidores de ésta en el mercado minorista, como consecuencia de la diferencia existente entre los precios de sus productos mayoristas y los de sus productos minoristas”*. Añadiendo que *“habida cuenta del efecto de expulsión que puede provocar respecto de competidores al menos igual de eficiente que la empresa dominante, el estrechamiento de márgenes, a falta de toda justificación objetiva, puede constituir, en sí mismo, un abuso en el sentido del art. 82 CE [art. 101 TFUE]”*.

Ahora bien, antes de proceder a analizar los aspectos más relevantes de la Sentencia, es necesario determinar los mercados objeto de análisis en la Decisión:

---

<sup>1862</sup> SENTENCIA. Asunto T-336/07. SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012. SENTENCIA. Asunto T-398/07. SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012. Decisión Wanadoo España c. Telefónica (COMP.738.784) de 4 de julio de 2007.

<sup>1863</sup> ALMUNIA, JOAQUIN. *“Competition v Regulation...”* Op. cit. Pp. 6 y ss.

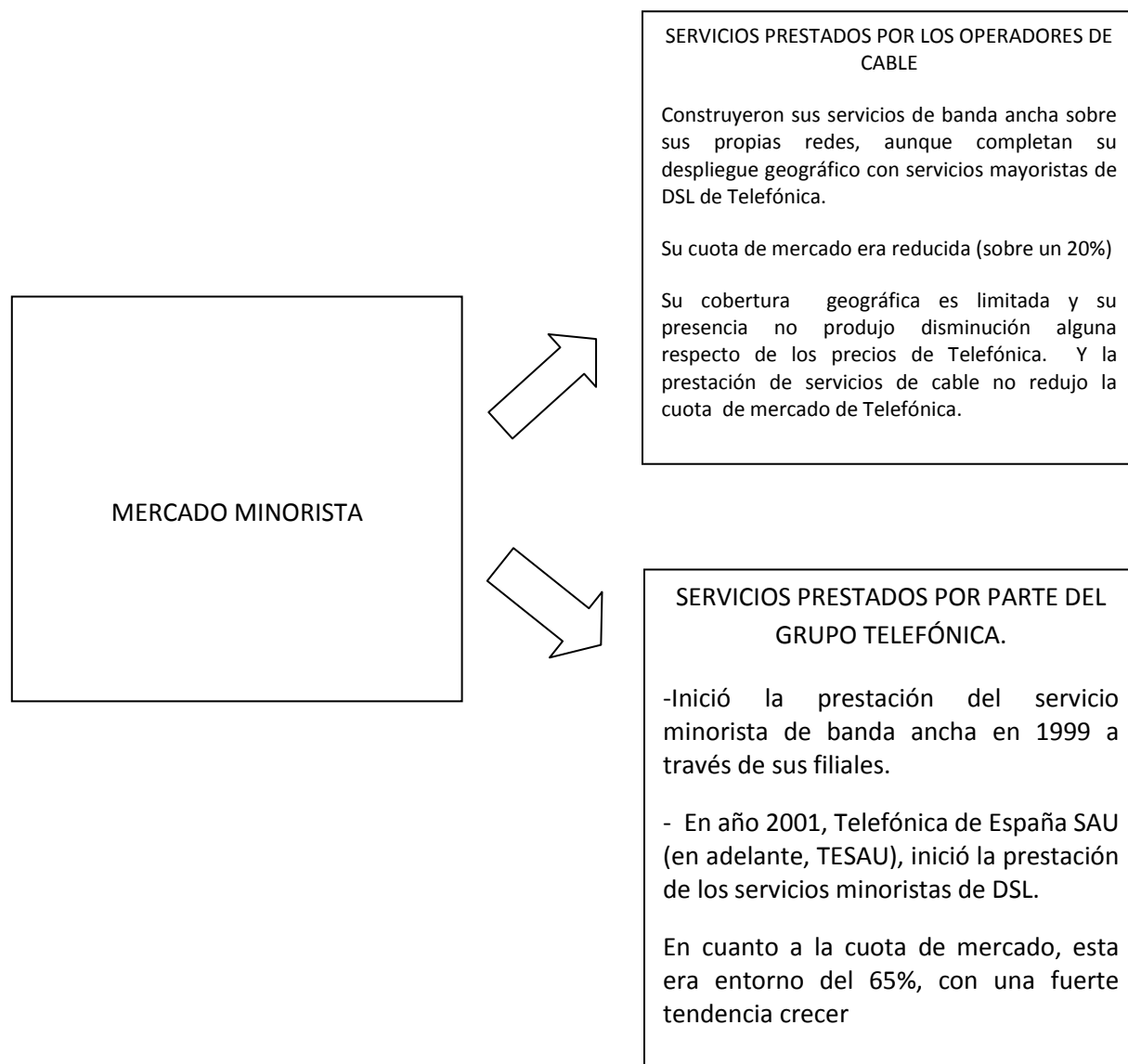
<sup>1864</sup> La sentencia fue recurrida mediante recurso de Casación y está pendiente de ser resuelta.

<sup>1865</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *“Autoridad de la Competencia...”* Op. cit. 21. Quien enumera un listado de problemas jurídicos que subyacen de ambas sentencias en los cuales el punto relevante es el ámbito competencial de la autoridad reguladora y de la Comisión Europea. *¿En qué términos se planteó ante el Tribunal General el conflicto suscitado por el Reino de España frente a la decisión de la Comisión que apreció una conducta contraria al Derecho de la competencia por parte del operador dominante (Telefónica) por la que se le impuso una sanción de más de 150 millones de euros? El conflicto es esencialmente competencial. A juicio del Reino de España, la Comisión ha invadido el ámbito competencial de la autoridad nacional de regulación, en este caso, la CMT. ¿Por qué? Porque le corresponde a ésta supervisar la conducta del operador dominante, por lo que, si no ha apreciado ninguna irregularidad, la Comisión no puede revisar su examen hasta deducir que se ha producido la infracción y proceder a la imposición de la sanción.*

<sup>1866</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. *“Las dos caras de Jano...”* Op. cit. Pp. 2 y 3.



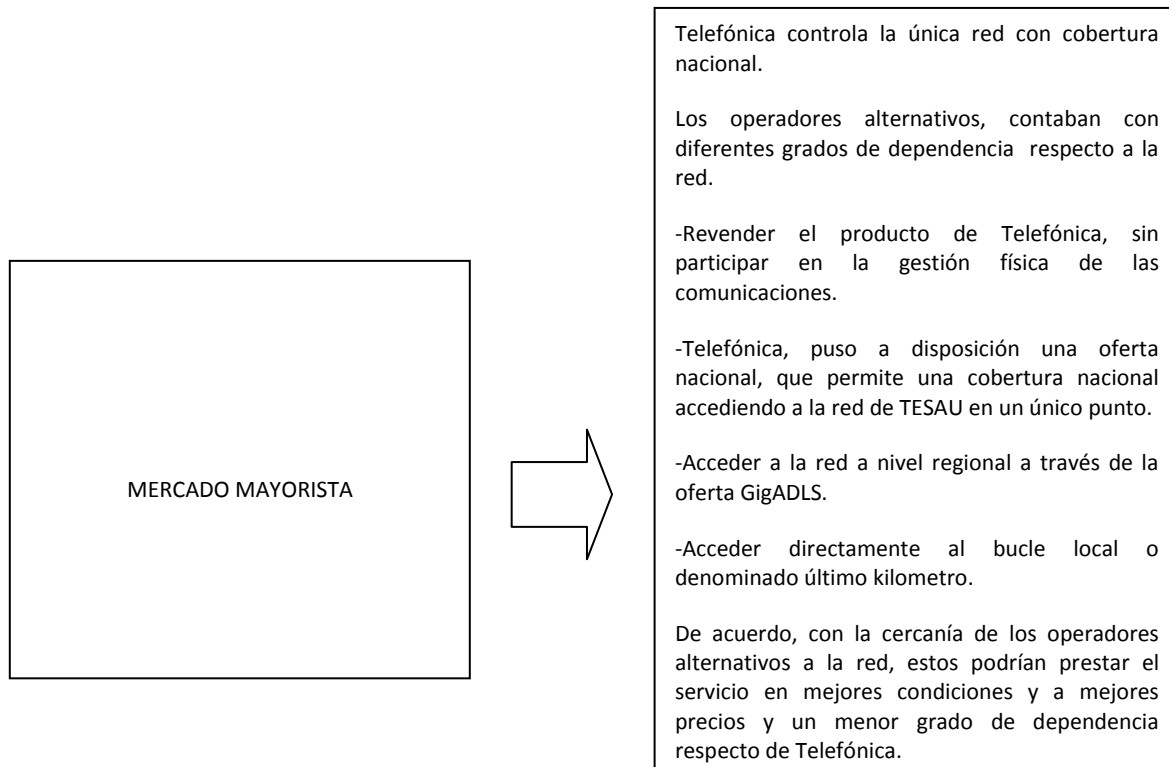
**a. Mercado Minorista<sup>1867</sup>**



**Cuadro 86 - Fuente Sentencia. Asunto T-336/07. Sentencia del Tribunal General - Creación Propia: Mercado Minorista.**

<sup>1867</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *“La Decisión de la Comisión...Op.cit. Pp. 38.* Quien precisa que en el año 2011 se introdujo la regulación de los precios minoristas del tradicional monopolista. Tal como se puede constatar en la Orden de 3 agosto de 2001, la CDGAE impuso precios fijos a TESAU. Posteriormente, mediante Orden Ministerial de octubre de 2003 se decidió liberalizar los precios minoristas de Telefónica.

**b. Mercado Mayorista**<sup>1868</sup>



**Cuadro 87- Fuente Sentencia. Asunto T-336/07. Sentencia del Tribunal General - Creación Propia: Mercado Mayorista.**

La Comisión consideró que existía un abuso que consistía en un estrechamiento de márgenes que asciende a una negativa de suministro<sup>1869</sup>.

Durante el período del abuso comprendido entre los años 2001 a 2006 de la cuota de mercado de Telefónica se mantuvo estable, y los consumidores españoles contaban con precios de

<sup>1868</sup> *Ibíd.* Pp. 39 y ss. El sistema acogido por parte de los operadores alternativos fue un sistema de escala de inversión. Tal como lo precisa el autor, las fuertes inversiones en la construcción de redes propias condujeron a que inicialmente se optara por la reventa del producto de Telefónica, para posteriormente gestionar directamente el servicio accediendo a la red de Telefónica a nivel Nacional, todo en función de la demanda y la masa crítica en cada nivel nacional, regional y posteriormente el acceso al bucle local. Lo cual conduciría posteriormente, a que estas procedieran a la construcción de sus propias infraestructuras. Atendiendo principalmente a esa masa crítica, determinan la coexistencia de diferentes tipos de acceso. Asimismo, se debe tener presente que el acceso regional, fue el que conto con mayor regulación por parte de la CMT, las medidas que se adoptaron fueron las de regular los precios, pero los precios definidos no se orientaron a los costes. *Por el contrario, se decidió fijar el precio según el modelo de <<retail minus>>.* Esto es, Telefónica fijaba libremente el precio minorista y al mismo se le aplicaba un coeficiente de descuento para la determinación del precio mayorista de acceso regional. Telefónica optó por finar un precio minorista elevado, lejos de sus costes de prestación del Servicio, y como consecuencia, el precio mayorista resultante fue también un precio alejado de los costes de prestación del servicio.

<sup>1869</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. "Autoridad de la Competencia...Op.cit. Pp. 22 y ss.

acceso de banda ancha muy superiores a los precios que pagaban otros usuarios en la Unión Europea<sup>1870</sup>, concretamente porque los márgenes entre los precios de los servicios minorista, mercado parcialmente regulado con precios *Price cap* y los precios en los servicios mayorista de banda ancha (a nivel nacional y regional), los cuales no se encontraban regulados, no eran suficientes para cubrir suficientes para soportar los costos que deberían soportar sus rivales para ofrecer los servicios de banda ancha en el mercado minorista<sup>18711872</sup>.

Lo que viene plantear este fallo es la compleja relación entre regulación y competencia, tal como estudió MONTERO PASCUAL<sup>1873</sup>. La Decisión viene analizar la aplicación de las normas reguladoras que se enmarcan dentro de las políticas sectoriales, cuyo principal objetivo es que se fomente la competencia o se cree el escenario correspondiente a la aplicación de las normas de defensa de la competencia, la cual actúa como una red de seguridad.

Al igual que en el caso de Deutsche Telekom, existía una regulación parcial respecto de los precios minoristas previamente autorizados por parte del regulador, en este caso la CMT, pero daban libertad en este caso al operador dominante Telefónica para fijar sus tarifas y de esta manera que se concretara el estrechamiento, lo que se constituye TCE), bajo la forma de abuso de la posición de dominio<sup>1874</sup>.

La sanción impuesta responde fundamentalmente a dos criterios a saber, en primer lugar en virtud a la posición de dominio que detentaba en el mercado mayorista proveniente de ser el operador histórico dueño de la infraestructura y del mercado, y en que nunca propuso al Regulador una modificación de sus tarifas con el fin de dar fin a la conducta anticompetitiva<sup>1875</sup>.

---

<sup>1870</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “La aplicación... Op. cit. Pp. 41. La Comisión también considero que Telefónica SAU abusó de su posición dominante mediante un estrechamiento de márgenes entre sus precios minoristas y los precios para el acceso mayorista a la banda ancha tanto a nivel nacional como regional; se estimó que esos precios eran insuficientes para cubrir los costes que un operador tan eficiente como Telefónica habría tenido que incurrir para prestar acceso minorista de banca ancha. A pesar de que los precios regionales de acceso mayorista de Telefónica estaban regulados por la CMT, la Comisión impuso una multa de más de 151 millones de euros.

<sup>1871</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “Regulación sectorial y... Op.cit. Pp. 105. Las pérdidas ocasionadas en el corto plazo como consecuencia del nivel de precios minoristas tampoco hubieran podido recuperarse con futuros beneficios, dentro de unos plazos razonables y en condiciones competitivas.

<sup>1872</sup> BROKELMANN. HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “El estrechamiento de márgenes y la relación entre regulación y normas de la competencia en la sentencia Telefónica”. En VVAA: *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*. N° 66 (Mayo- Agosto 2012). Pp.217-234.

<sup>1873</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “La Decisión de la Comisión Wanadoo... Op. cit. Pp. 45 y ss.

<sup>1874</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “El estrechamiento...Op.cit. Pp. 220. La conducta realizada por Telefónica tuvo unos efectos negativos en el mercado, siendo estos los obstáculos a la entrada de los competidores en un mercado emergente y de gran importancia para la sociedad.

<sup>1875</sup> LOPEZ MIÑO, ANTONIO. “El abuso de posición de dominio...Op. cit. 283. Uno de los aspectos que a juicio del autor que más llaman la atención y que denotan la aplicación posterior de la normativa de la competencia para dar por finalizado el estrechamiento de márgenes, es que la Comisión solicito a la CMT la información pertinente a la conducta realizada por Telefónica. Las medidas y resultados contradictorios provienen fundamentalmente por la información con la que se contaba tanto por el regulador sectorial y de los

Ahora bien, uno de los aspectos más cuestionados respecto de la conducta que le fue imputada al operador Telefónica y por la cual fue sancionada, es que esta no era responsable, atendiendo a que los precios de los servicios mayoristas eran fijados por parte de la autoridad reguladora en este caso la CMT<sup>1876</sup>.

Esta Comisión no fijaba los precios en el mercado minoristas sino que se limitaba a autorizar o prohibir las diferentes ofertas de ADSL que el operador ofrecía, rechazando aquellas ofertas que a su juicio podrían afectar a la competencia por los márgenes que dejaban esos precios a sus competidores. Las autorizaciones dadas generaban un marco en el cual el operador actuaba atendido a que tenía la confianza en que sus precios y tarifas eran legales. El control *ex post* por parte de la Comisión deriva en la concreción de inseguridad jurídica en la que los operadores deben desarrollar su actividad, en el sentido que la aplicación sucesánea del Derecho de la Competencia produce una situación de incertidumbre en los mercados<sup>1877</sup>.

A juicio de la Comisión el operador causante del estrechamiento, en este caso Telefónica, contaba con un margen de maniobra para evitarlo, solicitando el incremento de sus precios minoritarios, los cuales se encontraban sujetos a aprobación o comunicación previa o mediante la reducción de los precios mayoristas. En ningún momento, Telefónica solicitó a la Autoridad reguladora una modificación de los precios conforme a los criterios anteriormente descritos, sino que solicitó que los precios mayoristas se mantuvieran, mientras que ella reducía sus precios minoristas, lo que indica, que el operador contaba con la autonomía para modificar sus tarifas.

Su conducta trajo consigo que los prestadores de los servicios minoristas optaran por dos caminos: salir del mercado o soportar las pérdidas si seguían la tendencia de precios de Telefónica. Si bien este caso, el estrechamiento no se concretó en la eliminación de sus competidores, la sola presencia del operador dominante sí afectó y por consiguiente limitó la capacidad para competir de los demás operadores; que la metodología utilizada para la comprobación de la conducta fuera la test del competidor igualmente eficiente<sup>1878</sup>.

---

pronósticos a futuro y de las previsiones correspondientes y la información a la que pudo acceder la autoridad de competencia, la cual contaba con los datos históricos y los costes en los que efectivamente incurrió el operador.

<sup>1876</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “*El estrechamiento...* Op.cit. Pp. 226. Sin dudarlo, este se constituye en el problema jurídico al que nos enfrentamos, ya que se parte del supuesto en el que el regulador autorizó los precios de acceso que el operador dominante en este caso Telefónica debería cobrar a sus competidores. Al existir tal autorización administrativa, exculpa a dicho operador de la conducta que le está siendo imputada consistente en el estrechamiento de márgenes.

<sup>1877</sup> El Gobierno Español en su recurso fundamental que la revisión *ex post*, vulneró el principio de confianza legítima, en el sentido que la cobertura legal generada por el marco diseñado por parte de la COMT, no permite presumir que su conducta no se ajusta a derecho y que por consiguiente en un futuro pueda revisarse y por consiguiente imponer sanciones por la transgresión al Derecho de la Competencia.

<sup>1878</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “*El estrechamiento...* Op.cit. Pp. 226. El caso Telefónica viene a definir, los criterios y como debe ser interpretados el test y la labor tanto de las autoridades reguladoras y de competencia a nivel nacional, como de la propia Comisión. El test escogido es el test del competidor eficiente. Los resultados que se arrojen deben

La conducta desplegada por Telefónica, fue la de ejercer una presión competitiva en el mercado para obtener beneficios. Sumadas a las valoraciones realizadas, el Tribunal reitera que si bien un operador puede ajustar su conducta a los parámetros previstos en la legislación nacional, esto no lo exime que en un futuro se puedan analizar sus conductas a la luz de la normativa de la Competencia. Si bien las Autoridades de Regulación determinan las condiciones del mercado bajo valoraciones *ex ante*, la evolución misma del mercado y de la información detallada sobre los costes incurridos por parte de operador, puede determinar que las conductas que fueron avaladas en su momento, el operador pueda utilizarlas en su beneficio y por consiguiente estar inmerso en una infracción de la legislación de competencia.

Debe tenerse presente que las actuaciones realizadas por parte de la CMT, se circunscriben a su ámbito competencial previsto en el marco normativo vigente en materia de telecomunicaciones; su finalidad es prevenir que el abuso se genere de acuerdo a los criterios previstos en el artículo 102 del TFUE [art. 82 del TCE]. Pero cuando éste se da, corresponde a la Autoridad Reguladora poner en conocimiento la conducta a la de Competencia, atendiendo a que ella no es una autoridad en materia de competencia, sino una Autoridad Reguladora.

En este caso concreto nunca intervino con el fin de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado<sup>1879</sup>. Por consiguiente, será la Comisión la encargada de confrontar la conducta y determinar si es contraria a la legislación en materia de competencia.

En este asunto, se reitera que el estrechamiento de márgenes constituye una forma autónoma de abuso distinta de la negativa de suministro, tal como se había indicado previamente en la Sentencia Deutsche Telekom. De ahí que se rechacen los argumentos expuestos por parte de Telefónica, donde a juicio de la demandante su conducta se enmarca dentro de una negativa de suministro (negativa constructiva o negativa de facto a contratar) y de que exigiría que el precio minorista sea predatorio o el precio mayorista sea excesivo<sup>1880</sup>. Por consiguiente, el Tribunal reitera que el estrechamiento de márgenes puede constituir por sí solo un abuso y que el carácter abuso de dicha práctica se desprende por la diferencia de precios mayoristas y

---

determinar dos criterios a saber respecto de la falta de competencia: el primer aspecto es que si la falta de competencia en el mercado minorista deviene principalmente por el comportamiento realizado por el operador dominante por las prácticas eliminatorias que está realizando en el mercado mayorista y el segundo supuesto, es si la insuficiencia de competencia es por la ineficiencia de sus competidores en los mercados minoristas.

<sup>1879</sup> Considerandos &78 y 683 de la Decisión impugnada.

<sup>1880</sup> BROKELMANN, HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “*El estrechamiento de márgenes...* Op. cit. Pp. 23. La defensa de Telefónica se orientó a que debería aplicarse los postulados previstos en la Sentencia Bronner, en los que se analizó la negativa de no suministro y por consiguiente se aplicó un test que había sido aprobado por parte del Tribunal de Justicia. Si se aplicaba esta sentencia era necesario que se determinara el carácter de esencialidad del producto o servicio que era suministrado por parte de la empresa dominante para la prestación de los servicios en el mercado descendente por parte de sus competidores, los cuales no cuentan con un sustituto de iguales o semejantes calidades para la prestación de los servicios, que se determinara que efectivamente que la negativa de suministrar el producto tenía como objetivo la eliminación de la competencia en el mercado descendente y que esta no pudiera justificarse. A juicio de Telefónica estos tres aspectos no se cumplían y por consiguiente lo previsto en el artículo 102 del TFUE no le eran aplicables, en razón a que los productos mayoristas afectados por el supuesto estrechamiento de márgenes no eran indispensables o esenciales y que efectivamente se contaban con sustitutos para la prestación de los servicios, como era el bucle de abonado.

minoristas y no del nivel de precios, como argumentaba Telefónica, en el sentido de que no es necesario que se demuestre si el precio del servicio mayorista es excesivo o el precio minorista es predatorio, para estar incurso de una infracción prevista en el artículo 102 del TFUE<sup>1881</sup>. Además, tal como se indicó en las Sentencias que precedieron a este caso, para acreditar la conducta no es necesario acreditar que ha tenido efectos de exclusión, sino lo que se debe acreditar es que puede llegar a tener dichos efectos<sup>1882</sup>.

Asimismo, la Sentencia reitera la postura adoptada en relación con la posición que debe adoptar un operador con posición de dominio, donde se precisa que a este tipo de operadores se les exige nivel superior de responsabilidad; su existencia por sí sola, disminuye o afecta las condiciones del mercado, de ahí que este tipo de operadores a los cuales se les denomina como operadores económicos diligentes con posición de dominio, no puede desconocer que atendiendo al ámbito competencia de la Comisión Europea, ésta pueda intervenir en un sentido y finalidades diferentes a la de la Autoridad Regulatoria. Por lo tanto, al tener esta condición, debería haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar adoptar prácticas contrarias a la libre competencia, en este caso ajustar sus precios mayoristas y minoristas que impidan a los competidores presentar sus ofertas<sup>1883</sup>.

El fallo viene a determinar algunos aspectos sobre las relaciones que existen entre la regulación y el derecho de la competencia y la convivencia entre ambas culturas<sup>1884</sup>, señalando su carácter de complementariedad entre ambas, en el sentido de señalar que es la regulación a través de diversos mecanismos la que permite salvaguardar al mercado, imponiendo obligaciones de hacer o no hacer, atendiendo a su ámbito competencial, su carácter prospectivo, analizando los futuros escenarios que pueden generar en un mercado de la imposición de las diversas medidas, contemplando el mayor número de escenarios. Pero esto no impide que algunos aspectos de las conductas de los operadores dentro de su margen de maniobra no quede cobijadas dentro la regulación y por consiguiente se habilita al derecho de la Competencia a determinar si se ha cometido una infracción conforme a los artículos 101 y 102 del TFUE.

En tal sentido, uno de los aspectos esgrimidos en la defensa de Telefónica, fue que al existir una autorización y reconocimiento por parte de la Autoridad Reguladora Española, excluía la competencia de la Comisión para conocer de la conducta, tal como se precisa en el sexto motivo de la demanda, en que se indica que el pronunciamiento de la Comisión fue realizado en aplicación *ultra vires* del artículo 82 del CE, en sentido de que su conducta no fue deliberada, ni gravemente negligente, porque su ámbito de maniobra se encontraba reducida y que su

---

<sup>1881</sup> Ibid. Pp. 225.

<sup>1882</sup> Sentencia Telefónica. Apartado 268

<sup>1883</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. “Autoridad de la Competencia...Op.cit. Pp. 24. Ningún obstáculo legislativo o regulatorio neutraliza la responsabilidad especial que soportaba.

<sup>1884</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “Las dos caras de Jano...Op. cit. Pp. 3. Quien viene a precisar que la importancia del fallo esta dado por el análisis que realiza la Comisión respecto del reparto competencia y de las relaciones existentes entre el Derecho de la Competencia y la Regulación y por consiguiente los ámbitos de competencias de la aplicación por parte de la Comisión Europea del Derecho de la Competencia y de la regulación sectorial por parte de las Autoridades Regulatorias, en el momento que se profirió la Sentencia la CMT, hoy CMT.

comportamiento fue inducido por la confianza que este depósito en el regulador por las decisiones que este había adoptado<sup>1885</sup>.

Asimismo, el pronunciamiento transgredía los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad, cooperación y buena administración. La actuación de la Comisión ha sido cuestionada por algunos como MONTERO PASCUAL<sup>1886</sup>, quien alude que la Comisión no criticó la labor de la CMT en este caso<sup>1887</sup>, atendiendo a que el estrechamiento se produjo en un entorno regulado<sup>1888</sup>. Pero sin embargo generó confianza en la operadora.

Es necesario precisar que en todas las intervenciones realizadas por parte del Organismo Regulador, se podía apreciar que efectivamente TESAU, incumplió la regulación impuesta y la CMT, no adoptó medidas al respecto y nunca se realizó un análisis de estrechamiento a partir de la fecha en que se presentaron las denuncias por parte de los operadores. Solo se realizó el análisis en el año 2006, cuando la CMT puso fin a la conducta desplegada por parte Telefónica y optó por otra metodología y la fijación de los precios en función de los costes.

---

<sup>1885</sup> BROKELMANN. HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “*El estrechamiento de márgenes...* Op. cit. Pp.230. Sobre este aspecto Telefónica alego no solo que Comisión excedió sus competencias invadiendo el ámbito competencial de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y que su actuación responde un intervención con fines regulatorios. La Comisión a juicio de la demandante contaba con otros instrumentos previstos en la Directiva Marco en su artículo 7, donde se indica que la CMT deberá notificar sus medidas a la Comisión Europea, otorgándole la posibilidad a está en algunos casos de instar a la autoridad de reguladora a retirar el proyecto de resolución. Adicionalmente, se afirmo por parte de Telefónica que la actuación realizada por la Comisión Europea *infringió los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, al revisar la actuación por parte de la CMT con arreglo al artículo 101 TFUE en lugar de imponer un recurso por incumplimiento contra España, cuando Telefónica podía confiar en que, si respetaba el marco vigente, obraba de conformidad con el Derecho de la Unión.*

<sup>1886</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “*La Decisión de la Comisión...* Op. cit. Pp. 42.

<sup>1887</sup> BROKELMANN. HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “*El estrechamiento de márgenes...* Op. cit. Pp. 231. Aspecto que fue alegado por parte del Reino de España en el recurso interpuesto contra la Decisión de la Comisión Europea, que esencialmente alegaba que la Comisión había invadido las competencias de la CMT al sancionar a Telefónica. Asunto T-398/07, España/Comisión, Sentencia del Tribunal General de 29.03.2012. Asimismo, en el Asunto principal T-336/07 Telefónica, S.A y Telefónica de España, S.A contra Comisión Europea, se precisa que la Comisión nunca reviso la actuación realizada por parte de la CMT en su momento y si esta hubiera infringido el Derecho de la Unión por no haber adoptado las medidas pertinentes para finalizar el estrechamiento, esto no privaría a la Comisión Europea en poder enjuiciar el comportamiento de Telefónica conforme a lo previsto en el artículo 102 del TFUE.

<sup>1888</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “*La Decisión de la Comisión...* Pp. 42. Quien precisa, que efectivamente, la configuración de una conducta en un período tan prolongando y con afectaciones tan grandes a la competencia. Asimismo, precisa, que el regulador negó la existencia de dichos estrechamiento. *Los operadores alternativos denunciaron reiteradamente la existencia de pinzamientos. La CMT, sin embargo, contexto reiteradamente que <<se hace virtualmente imposible para TESAU la puesta en práctica de políticas de estrechamiento de los márgenes en la provisión de los servicios de acceso en modalidad de ADSL, al garantizarse por la vía de la intervención regulatoria la existencia de un margen positivo suficiente para aquellos operadores que, haciendo uno de los servicios mayoristas proporcionados por TESAU, traen de competir en el mercado minorista de servicios de acceso ADSL>>.* En igual sentido, BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRES. “*Autoridad de la competencia...* Op. Cit. Pp. Pp. 32. Donde la resolución como tal no revisa la actuación del regulador, pero si cuestiona la ineficacia de las medidas que se adoptaron, de la actuación pasiva del regulador que puedo haber adoptado otros mecanismos para poner fin a la conducta de Telefónica, de allí que este haya considerado que su conducta estaba conforme a derecho y que podría seguir realizándola.

Si bien la intervención realizada por el regulador, se concretó en los precios mayoristas de acceso regional, el método seleccionado no fue el más adecuado *retail minus*, si bien en un primer momento, tuvo un carácter provisional en función de determinar los costes del operador. Este mecanismo se mantuvo y no se optó por precios orientados a costes, lo que condujo a que Telefónica continuara con su política de precios elevados. Lo que nos permite afirmar, siguiendo lo señalado por el autor, es que la CMT, permitió por una parte que TESAU mantuviese los precios, y al tiempo, no desarrollara una política activa y eficiente en materia de control de los precios para evitar la comprensión de márgenes., donde efectivamente se constató que Telefónica tenía una obligación regulatoria impuesta por parte de la CMT de ofrecer el producto mayorista en el mercado regional, desde el año 1999 y la correspondiente al mercado nacional desde el año 2002<sup>1889</sup>. Otro sector de la doctrina viene a precisar que la Comisión avala su actuación en el sentido de que la Autoridad Reguladora nunca se pronunció sobre la existencia de un estrechamiento de márgenes, por lo tanto era inaplicable el principio de *non bis in ídem*<sup>1890</sup>, de ahí que el aspecto a determinar era si la Comisión Europea, puede aplicar el Derecho de la Competencia y los mecanismos propios de esta forma de intervención respecto de aquellos ámbitos en los que existe una regulación sectorial específica<sup>1891</sup>.

El punto más álgido del asunto, es lo correspondiente a la responsabilidad del Operador, cuando sus tarifas fueron aprobadas por parte del Regulador sectorial, el cual determinó como producto de sus análisis tanto del mercado como de las tarifas, que no afectaban al mercado y mucho menos que las mismas podían derivar en un estrechamiento de márgenes (nunca se analizaron efectivamente los precios de acceso mayorista y los precios minoristas que efectivamente Telefónica estaba cobrando a sus usuarios finales) y solamente reguló los precios de acceso mayorista de banda ancha<sup>1892</sup>.

---

<sup>1889</sup> BROKELMANN. HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “*El estrechamiento de márgenes...* Op. cit. Pp. 222. Tal como destacan los autores, la Comisión constató que los precios minoristas de Telefónica, ni los precios mayoristas nacionales estaba regulados, y el sistema a nivel mayorista regional a través del sistema de precios máximos permitía que Telefónica contara con un amplio margen de maniobra para evitar el estrechamiento de márgenes. Asimismo, se reitera que la CMT en diversos pronunciamientos Telefónica estuviera incurriendo en un estrechamiento de márgenes y por ende que se pudiera derivar responsabilidad alguna con arreglo al artículo 102, dicha conclusión se llega por que el órgano regulador nunca realizó la existencia de dicho estrechamiento.

<sup>1890</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “*Regulación sectorial y...* Op.cit. Pp. 107.

<sup>1891</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “*Las dos caras de Jano...* Op. cit. Pp. 3.

<sup>1892</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “*El estrechamiento...*Op.cit. 231. Naturalmente, en opinión de la Comisión, Telefónica es plenamente responsable del abuso, ya que la CMT sólo regula parte de los precios de acceso mayorista de banca ancha (los precios de acceso mayorista regional), que representaban aproximadamente en el 2006 un 30% de los precios afectados por la Decisión. En cambio, afirma la CE que la CMT nunca analizó el estrechamiento de márgenes entre los precios de acceso mayorista nacional (que representaban en el 2006 un 70% de los precios afectados por la Decisión) y los precios minoristas de Telefónica. Además, cuando el regulador español analizó la existencia del estrechamiento de márgenes entre los precios de acceso mayorista regionales y los precios minoristas, utilizó datos diferentes a los utilizados por la Comisión.



Lo que pone de presente el fallo es que los dos mecanismos de intervención pueden llegar a resultados diferentes en función de los datos con los que se cuenta en cada momento.

Las autoridades reguladoras, en este caso la CMT, adoptó sus medidas atendiendo a un contexto prospectivo, en función de la información que el mismo mercado le suministraba y los costes que Telefónica que en el año 2001 tenía. Dichos datos al ser suministrados por operador no contaban con todos los datos reales para que el Regulador hubiera podido adoptar otro tipo de medidas y por ende restringir la conducta del operador<sup>1893</sup>. La Comisión tuvo acceso a la información consolidada del operador de manera *ex post*.

En lo que respecta a las actividades que realizan la Autoridad de Competencia y la Autoridad Reguladora y de la aplicación conjunta de ambas normativas hay que se destacar cuatro aspectos fundamentales a juicio Tribunal de Justicia respecto a las relaciones que se establezcan entre ellas y que vienen a determinar el conjunto de relaciones que se dan entre la regulación y el derecho de la competencia:

<p><b><i>CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA</i></b><sup>1894</sup></p>	<p>Las normas de competencia previstas en el TFUE, complementan, mediante un control <i>ex post</i> a las normas previstas en material sectorial aprobados por el Legislador Europeo cuya finalidad es la de regular de manera <i>ex ante</i> dichos mercados, particularmente al mercado de las telecomunicaciones<sup>1895</sup>. Por lo tanto, ambas formas de control responde a objetos y finalidades distintas, ya que las normas relativas a la competencia previstas por el Tratado CE completan, mediante un ejercicio <i>ex post</i>, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular <i>ex ante</i> los mercados de las telecomunicaciones<sup>1896</sup>.</p>
--	---

<sup>1893</sup> *Ibíd.* Pp.232. En lo que respecta al comportamiento de Telefónica, se aprecia que al no suministrar los datos reales inducía a error al regulador, de allí que parte de las medidas que se adoptaran tuvieran como base las previsiones dadas por parte del Operador. Una vez, iniciada la investigación por abuso de la posición dominante la Comisión pudo acceder a la información real de Telefónica y constar que efectivamente era consciente del estrechamiento de márgenes. El operador, en todo momento tuvo la oportunidad para poner fin a dicha conducta. La escasa regulación existente en el mercado mayorista regional y no en el nacional le permitían abiertamente rebajar sus precios por debajo del precio máximo establecido por el regulador. Las medidas impuestas por el regulador en el año 2006, pusieron fin a la conducta, de allí que no hay ningún criterio que exonere al operador del abuso de la sanción.

<sup>1894</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. “*Autoridad de la Competencia...* Op. Cit. Pp. 28. La sentencia viene a resolver varios interrogantes que al hilo tanto de los recursos de Telefónica como del propio Reino de España señalan que la autoridad de competencia es una autoridad de revisión de las actuaciones adelantadas por parte de la autoridad regulatoria para garantizar la competencia.

<sup>1895</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “*Las dos caras de Jano...* Op. cit. Pp. 3

<sup>1896</sup> Aspecto desarrollado en la Sentencia Deutsche Telekom/Comisión. Apartado 92.

	<p>Asimismo, el derecho de la Competencia se aplica a todos los sectores regulados, atendido a que el Tratado de Funcionamiento o cualquier otro Tratado incorporan excepciones en cuanto a su aplicación<sup>1897</sup>.</p> <p>La regulación sectorial en ningún momento puede excluir o sancionar conductas contrarias a la libre competencia, las cuales deberán ser analizadas conforme al Derecho de la Competencia. La función de la regulación a juicio de la Comisión se orienta en materia de la competencia a que sus medidas no obstaculicen, restrinjan o falsen la competencia<sup>1898</sup>.</p> <p>Por consiguiente el carácter complementario entre la regulación y la competencia. No implica que la autoridad de competencia revise las decisiones de la autoridad de reguladora,</p>
	<p>Puede adoptar decisiones de carácter individuales en aplicación de los dispuestos en los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos 81-82 TCE). Asimismo, podrá pronunciarse sobre aquellos comportamientos que hayan sido objeto de decisión judicial contraria.</p> <p>Por consiguiente, el papel de la Comisión se analiza bajo dos parámetros a saber:</p> <p>El escenario de intervención que se da en materia regulatoria según lo previsto en el artículo 7 de la Directiva Marco<sup>1899</sup>, donde el papel preponderante lo tienen las autoridades de Reguladores en la aplicación del marco regulador.</p>

<sup>1897</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. “Autoridad de la Competencia... Op.cit. 22. No parece razonable que el ámbito de los mercados regulados fuese ajeno a las normas de defensa de la competencia, sería como admitir que en aquellos, ni existe, ni se le espera que exista un juego ordinario o normal de la competencia entre empresas; sería admitir que el problema del operador dominante no se puede resolver conforme a las reglas ordinarias del mercado sino de las extraordinarias del no-mercado. Tampoco lo sería que unos mercados con unas características estructurales o circunstanciales que los aleja de la normalidad de la competencia queden excluidos de la regulación dirigida a remover o compensar estos obstáculos. Son necesarios los conduce inevitablemente al conflicto.

<sup>1898</sup> BROKELMANN. HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “El estrechamiento de márgenes... Op. cit. Pp. 232.

<sup>1899</sup> Sentencia Telefónica. Apartado 293.

<p style="text-align: center;"><b>FACULTADES DE LA COMISION</b></p>	<p>La finalidad de la intervención de la Comisión es la de verificar si las medidas no son contrarias al mercado o contradicen el mercado, todo bajo el marco regulador vigente, en este caso en materia de telecomunicaciones<sup>1900</sup> y de esta manera garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la comunidad. En este ámbito el papel central lo tienen las autoridades reguladoras para alcanzar los objetivos previstos en la Directiva marco<sup>1901</sup>.</p> <p>Y el marco propio del Derecho de la Competencia, según lo previsto en los Reglamentos nº 1/2003 artículo 7, apartado primero y nº 17 artículo 3 apartado 1, el cual la habilita para que posteriormente, pueda analizar e imponer sanciones desde la perspectiva del Derecho de la Competencia e imponer las sanciones cuando se constaten infracciones al TFUE en sus artículos 101 y 102, atendiendo a que corresponde a ámbitos competenciales diferentes y coberturas jurídicas distintas<sup>1902</sup>. De esta manera las normas de competencia previstas en el Tratado vienen a completar, mediante el</p>
---	--

<sup>1900</sup> CARLON RUIZ, MATILDE. “Las dos caras de Jano...Op. cit. Pp. 7. “Este pronunciamiento del Tribunal se ofrece en respuesta al argumento de las demandantes de que la Comisión disponía de un instrumento específico para intervenir, en virtud del artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (conocida como Directiva marco). No debe de olvidarse, sin embargo, que este mecanismo de intervención de la Comisión se explica, precisamente, en clave regulatoria –y no de Derecho de la Competencia-, por cuanto está previsto en una Directiva que, como recuerda el Tribunal, “establece un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados”, a cuyo fin dota a las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) de cada Estado miembro de un papel central, sin perjuicio de establecer mecanismos que, para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Comunidad, otorgan un papel específico a la Comisión Europea. Como es el caso, en particular, del procedimiento establecido en el art. 7 de la propia Directiva Marco, que permite a la Comisión y a las ANR nacionales participar conjuntamente en el procedimiento de consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas, “garantizando que las decisiones adoptadas a nivel nacional no tengan efectos adversos sobre el mercado único u otros objetivos del Tratado”, en los términos del cado. 15º de la Directiva, y a los fines de lo cual la Comisión ha aprobado una Recomendación.

La Comisión actúa, pues, cuando actúa bajo la Directiva Marco, en aplicación del marco regulatorio específico en materia de telecomunicaciones, lo que no le impide actuar, cuando resulte pertinente, en aplicación del Derecho de la Competencia. De ahí que afirme el Tribunal que la existencia de un instrumento como el contenido en el art. 7 de la Directiva marco “no afecta en absoluto a la competencia atribuida directamente a la Comisión por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 17 y, desde el 1 de mayo de 2004, por el artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003, para declarar la existencia de infracciones de los artículos 81 y 82 CE”.

<sup>1901</sup> Sentencia Telefónica. Apartado 292.

<sup>1902</sup> Ibíd. Apartado 293.

	<p><i>ejercicio de un control ex post, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular ex ante los mercados de las telecomunicaciones</i><sup>1903</sup>.</p> <p>De allí que las decisiones que se adopten por parte de la autoridad de reguladora no impiden que una fase posterior se puedan sancionar conductas contrarias a la competencia, las cuales deben ser analizadas por la autoridad competente en este caso que es la Comisión con arreglo a lo previsto en el artículo 102 del TFUE (antiguo art. 82 del TCE), en el entendido que la autoridad reguladora no es un autoridad de competencia. También se precisa que las decisiones que se adopten por parte de la Autoridad de Competencia no vinculan a la Comisión.</p> <p>Los reguladores sectoriales, en este caso concreto, la CMT, no es un autoridad de competencia y por consiguiente no le corresponde aplicar lo dispuesto en los artículos 101-102 del TFUE y aunque lo hicieran, la Comisión Europea no puede quedar vinculada por la resolución proferida por parte de una autoridad de reguladora, al igual que no queda vinculada por las decisiones que se adopten en sede judicial<sup>1904</sup>.</p>
<p><b><i>FACULTADES DE LA AUTORIDADES REGULADORES</i></b></p>	<p>La finalidad de dichas autoridades en materia de competencia se limita a adoptar medidas de carácter general, la cual consiste en velar por la competencia en este caso concreto en el mercado de las telecomunicaciones, lo cual lo habilita para establecer y supervisar las obligaciones específicas en los mercados una vez sean definidos, siendo necesario la justificación de las medidas, así como garantizar la efectiva disponibilidad de los servicios en un entorno competitivo y de alta calidad, así como de preservar y promover el mayor grado de competencia efectiva y transparentes, dictar instrucciones e interpretar la información que le suministren</p>

<sup>1903</sup> Este último aspecto señalado en la Sentencia Deutsche Telekom. Apartado 174.

<sup>1904</sup> BROKELMANN. HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “El estrechamiento de márgenes... Op. cit. Pp. 231

	<p>los operadores con el fin de verificar no solamente la evolución de los mercados, sino el cumplimiento de las medidas y obligaciones impuestas<sup>1905</sup>. Las actividades de las autoridades de regulación se caracterizan por ser preventivas y protectoras de los mercados y de los riesgos implícitos del mercado que se concretan en la existencia de operadores con posición de dominio, de allí que una vez se declare dicha posición.</p> <p>De allí que sus medidas sean preventivas, atendiendo a la realidad del mercado y de la existencia de operadores con posición de dominio. La existencia de esta posición, amerita una regulación con el fin de evitar que se concrete el abuso, por lo tanto la finalidad de la regulación es prevenirlo.</p> <p>De allí que una de las funciones del regulador dentro del plano estructural sea la de regular la posición de dominio mediante la imposición de obligaciones de hacer o no hacer con el fin de prevenir el abuso. Lo cual permite delimitar la función de la autoridad de competencia, la cual deberá sancionar el abuso cuando efectivamente este se haya producido<sup>1906</sup>.</p> <p>Sus actuaciones se enmarcan dentro los objetivos políticos y los principios propios de reglamentación. Son entonces los objetivos previstos en las leyes de creación donde se determinan los ámbitos de intervención del regulador apartándolo de los claros objetivos que unívocamente informa la intervención de las autoridades de competencia<sup>1907</sup>.</p>
	<p>Las autoridades de reglamentación actúan conforme a las previsiones, a los costes, a la información que efectivamente es suministrada por parte de los operadores del</p>

<sup>1905</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. “Autoridad de la Competencia...”

<sup>1906</sup> *Ibíd.* Pp. 25.

<sup>1907</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “La Decisión de la Comisión... Op. cit. Pp. 45. *De hecho, las potestades reguladoras de la CMT (imposición de obligaciones ex ante, resolución de conflictos de acceso, etc.,) son bastante más potentes que las competencias y los procedimientos para intervenir más sencillos y rápidos. Así, se puede sostener que la intervención del regulador adelanta la línea de intervención fijada por la normativa de defensa de la competencia.*

<p style="text-align: center;"><b>AMBITO COMPETENCIAL DE LA AUTORIDAD REGULADORA Y LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA</b></p>	<p>mercado y la información que es recopilada por su parte en ejercicio de sus competencias de monitoreo del mercado, lo cual les permite determinar las medidas regulatorias, los operadores con posiciones de dominio, entre otras medidas<sup>1908</sup>.</p> <p>Todas estas medidas se toman con el fin de garantizar la competencia y evitar prácticas contrarias a la misma, pero no excluye el riesgo que dichas se concreten.</p> <p>En lo que respecta a la autoridad de competencia, actúa <i>ex post</i>, lo que permite que pueda acceder a los datos históricos sobre los costes en los cuales se ha incurridos, de allí que se llegue a precisar que es método más adecuado por la veracidad de la información y el más exacto, de allí que este tipo de autoridades puedan adelantar investigaciones y sanciones por presuntas prácticas anticompetitivas en los mercados regulados<sup>1909</sup>, en este caso concreto que se determinara la existencia de una posición de dominio.</p>
--	---

**Cuadro 88 - Fuente Sentencia. Asunto T-336/07. Sentencia del Tribunal General, Diez Estella y Fernández Álvarez-Labrador, Brokelmann y Ganino - Creación Propia: Relaciones de Complementariedad entre la Regulación y la Competencia, y las Funciones de la ANR y la CE.**

Ahora, lo se indica en este tipo de casos, es que las Autoridades de Competencia pueden llegar a sancionar a los operadores cuando a pesar de las medidas que impongan por los órganos Reguladores, dejan un margen de maniobra para que el operador pueda realizar actuaciones que restrinjan la competencia.

<sup>1908</sup> Sentencia Telefónica. Apartado 511. En dicho considerando se especifica que los costes utilizados por parte de la CMT no permitían evaluar la compatibilidad de los precios del acceso a la banca ancha con el art'82 [art. 102 del TFUE] dado que el modelo de la CMT no se basaba en datos recientes relativos a los costes en los cuales había incurrido Telefónica en la prestación del servicio, así como incluía los costes marginales y los promoción de Telefónica. En lo que corresponde a los costes utilizados por parte de la CE, este respondía a un modelo basado en los costes históricos del operador, donde no solo reposaba la información más reciente del operador, sino su plan de negocio.

<sup>1909</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “*El estrechamiento...* Op.cit. Pp. 226. Aceptadamente describen estos autores cual es e la labor que debe ser realizada por el regulador. A partir del año 2002 los criterios para la imposición de las medidas regulatorias se apoyan tanto en la metodología como en los principios del derecho de la competencia, esto no impide que sus análisis estén basados en predicciones, en estudios de impacto y evidencias, lo cual conduce a que los medios que se impongan sean contrarios a los previstos respecto a la intervención *ex post* con su carácter sancionador cuando se constate la existencia de una conducta restrictiva de la libre competencia. En el escenario que se nos propone bajo los fallos objeto de análisis es que la labor del regulador se encuentre sujeto a *una elevada dosis de prudencia y cautele, derivadas del carácter especulativo de su análisis de dominancia.*

El ámbito de actuación de la Autoridad de Competencia es determinar dicho margen, la calidad de la regulación y si esta es suficiente o no para evitar la consolidación de conductas anticompetitivas, lo que se traduce en un margen de actuación por parte del operador<sup>1910</sup>.

Pero surge también el inconveniente de que el Regulador, limite totalmente las actuaciones que puede realizar el operador, lo que implicaría tal como fue precisado en su momento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hoy Tribunal de Justicia, que la Comisión podría llegar a demandar tanto a la Autoridad de Competencia como al Estado Miembro, en virtud de lo dispuesto (pendiente), por la inaplicación de las normas de competencia que, sin dar margen a la autonomía de la compañía, lleva o conduce a restricciones de la competencia<sup>1911</sup>.

#### **8.4. ACUERDOS DE ACTUACIÓN CONJUNTA PARA LA ADQUISICIÓN DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS DE TELEVISIÓN DE PAGO CON OTROS SERVICIOS DE COMUNICACIONES**

Otro de los aspectos, que también puede derivar enfrentamientos y la aplicación de criterios divergentes entre las Salas, corresponde a los acuerdos de actuación conjunta, donde se deberá analizar por parte de ambas Salas cómo se configura el mercado y si los acuerdos entre empresas con liderazgo en los mercados audiovisuales y de comunicaciones electrónicas llegan a concretarse que impactos pueden generar en el mercado.

Uno de los casos más próximos es el análisis que se llevó a cabo tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia, el Servicio de la Competencia (entes que se integraron en la Comisión Nacional de la Competencia) y CMT respecto a la concentración de Sogecable-Vía Digital<sup>1912</sup> (Sogecable-perteneciente al Grupo Prisa, Canal +, con plataformas CSD, Canal+ y

---

<sup>1910</sup> BROKELMANN. HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. *“El estrechamiento de márgenes... Op. cit. Pp. 233. Finalmente, la sentencia Telefónica también confirma que las normas de competencia actúan como una red de seguridad que permite a la Comisión Europea intervenir ex post con arreglo al artículo 102 TFUE frente a conductas abusivas que la regulación sectorial ex ante no ha sido capaz de prevenir o evitar. La existencia de tal regulación no puede excluir la responsabilidad especial de una empresa dominante con arreglo al artículo 101 TFUE si sigue teniendo un margen de maniobra para determinar su conducta de forma autónoma.*

<sup>1911</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. *“Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp. 66.*

<sup>1912</sup> Consejo de Ministros. Acuerdo de Consejo de Ministro de 29 de noviembre de 2002, As, N-280, Sogecable/Vía Digital, por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de determinadas condiciones relativas al mercado de los derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A (Vía Digital) en Sogecable, S.A. Sogecable. Disponible en: [http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/\\_2002/c2911020.htm](http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2002/c2911020.htm) [en línea]. (Consultado 15/03/2014).

Vía Digital- perteneciente Admira (Telefónica) Antena · TV, Endemol, producción de programas, derechos 1 Major y de futbol; prestados de Servicios de telecomunicación y de la plataforma IP-TV (futuro).

El acuerdo pretendía la creación de AVS: Sosecable+Telefónica+TV gestión futbol)<sup>1913</sup>, mediante la cual Sogecable adquirió el control exclusivo de DTS (Vía Digital) (entidades pertenecientes al Grupo Telefónica).

La integración fue aprobada por parte del Consejo de Ministros con un listado de condiciones, orientadas todas, a que se evitara un debilitamiento de la competencia tanto en los mercados de pago y de adquisición de servicios audiovisuales, así como en determinados servicios de telecomunicaciones tanto en los servicios de banda ancha, como de telefonía fija<sup>1914</sup> y la subordinación en relación al mercado del futbol, para lo cual se establecieron un listado de condiciones.

A tal efecto, se establecieron veinticuatro condiciones generales y un segundo acuerdo respecto al futbol, diez condiciones<sup>1915</sup>.

Debe tenerse presente que esta concentración no fue objeto de estudio por parte de la Comisión Europea, atendiendo a que se solicitó por parte del Reino de España el reenvío por parte de la Comisión de la concentración de dimensión comunitaria por afectar a un mercado definido<sup>1916</sup>, en aplicación del artículo 9.2 del Reglamento 4064/89, con la finalidad de que fuese la Autoridad Española en aplicación de la legislación nacional española sobre defensa de la competencia la que determinara la viabilidad o no de la concentración.

La Comisión Europea adoptó una decisión por la que se remite a las autoridades españolas competentes la resolución sobre la operación de concentración, precisando

---

<sup>1913</sup> RODRÍGUEZ RAPOSO, ALBERTO. “*La Aplicación del Derecho de la Competencia en Sectores (Regulados: Telecomunicaciones)*”. Presentación en la VI Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia. Comisión Nacional de la Competencia. 27 de febrero de 2008.

<sup>1914</sup> Ibíd. PP. 38. Otro caso de similares dimensiones es el correspondiente al asunto TRIO PLUS, TELEFONICA CABLE SAU (Telefónica) SOGECABLE SA (Sogecable).

<sup>1915</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “*La aplicación...* Op. cit. Pp. 37.

<sup>1916</sup> DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “*Comunicaciones....* Op. cit. Pp. 84. Se debe tener presente que de acuerdo con el Reglamento de Concentraciones Reglamento 139/2004 del Consejo, referido sobre el control de las concentraciones entre empresas, en el que se determinan los criterios por los cuales la Comisión tiene plena competencia atendiendo a los umbrales que dicho instrumento establece para analizar la concentración y sus posibles efectos en el mercado. En los supuestos en los que no se cumplan los umbrales previsto de superar 5.000 millones de euros y el comunitario, de, a menos, dos de las empresas participes sea de 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas logre más de las dos terceras partes de dicho volumen en un mismo Estado Miembro, será competencia de la autoridad de competencia la determinación si la concentración es viable o no atendiendo a los umbrales previstos en la legislación Local. En este caso la legislación vigente precisaba que el derecho español de la competencia podría analizar la concentración cuando se constaran uno de los dos siguientes criterios:

- *Que dé como resultado la adquisición o incremento de una cuota de mercado igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional o de un mercado geográfico definido dentro del mismo; o*
- *Que el conjunto de los participes en la operación alcance un volumen de ventas global en España de más 240.404.841 de euros, siempre que dos de las empresas afectadas tengan, cada una individualmente, un volumen en España de más de 60.101.210 de euros.*



*«Dado que el Reino de España constituye una parte sustancial del mercado común, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 9 del Reglamento de concentraciones, la Comisión dispone de una amplia facultad de apreciación para decidir si remite o no el caso a las autoridades nacionales españolas a fin de que se aplique la legislación nacional.*

*La operación amenaza con crear o reforzar una posición de dominio únicamente en mercados de dimensión nacional en el interior del Reino de España.*

*Las autoridades nacionales españolas disponen de suficientes medios y están en condiciones de llevar a cabo una investigación en profundidad de la operación, en particular atendiendo al carácter nacional de los mercados en los que la operación amenaza con crear o reforzar una posición de dominio.*

*La Comisión ha comprobado que las condiciones para la remisión establecidas en el artículo 9 del Reglamento de concentraciones se cumplen en el presente caso y considera por consiguiente que resulta apropiado, en ejercicio de la discreción que le atribuye el Reglamento de concentraciones, dar cumplimiento a la solicitud cursada por las autoridades»<sup>1917</sup>.*

En este caso en particular, existieron pronunciamientos del Regulador Sectorial, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, como del Servicio de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, donde existieron posturas contrarias en cuanto a la pertinencia de esta concentración. Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, tanto los informes presentados por parte del Servicio de Defensa de la Competencia fechado en septiembre de 2002, y el del Tribunal de Defensa de la Competencia de Noviembre del mismo año, afirman que dicha concentración afecta de manera negativa a la competencia<sup>1918</sup>:

INFORME DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA		INFORME DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA <sup>1919</sup>	
		<b>ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DE LOS MERCADOS RELEVANTES</b>	-Mercado de la TV de pago compiten en mercados ascendentes en la compra de contenidos y en el mercado descendente en la venta de dichos

<sup>1917</sup> SENTENCIA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 67888/2005. Ponente: JOSE MANUEL BRANDRES SANHEZ-CRUZAT. Folio 2.

<sup>1918</sup> RODRÍGUEZ RAPOSO, ALBERTO. “La Aplicación del Derecho de la Competencia en Sectores Regulados: Telecomunicaciones”. Presentación en la VI Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia. Comisión Nacional de la Competencia. 27 de febrero de 2008. 2. Casos Prácticos. 2.1. Concentración de Sogecable/Vía Digital.

<sup>1919</sup> Informe con fecha de 13 de noviembre de 2002.

<b>ANALISIS DE LOS MERCADOS RELEVANTES</b>	<p>TELEVISION: Refuerzo de la Posición de la Sogecable.</p> <p>-Tv pago (nacional) incluye PPV: limitar Imagenio, en sentido que la concentración suponía la desaparición de un competidor independiente en el mercado de los servicios de pago, en el mercado mayorista</p> <p>- Servicios mayoristas de plataforma digital.</p>		contenido a los abonados.
		<b>BARRERAS DE ENTRADA</b>	<p>-Legales en Televisión de cable</p> <p>-Económicas: acceso a los contenidos y los costes de la infraestructura.</p>
		<b>EFFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA</b>	<p>-Televisión de Pago: barreras a tecnologías competidoras</p> <p>-Contenidos Particularmente sobre los derechos sobre fútbol</p> <p>-Competencia en el mercado descendente, restricciones provenientes del mercado ascendente, que afecta la demanda de canales.</p> <p>Telecomunicaciones: refuerzo de la posición de Imagenio si este accede a los contenidos.</p>
	<p>CONTENIDOS: Integración vertical</p> <p>-Cine: películas Premium en primera y segunda venta</p> <p>-Deportivos: Derechos de fútbol mayorista y minorista-AVS, fuerte integración vertical, otros eventos deportivos (concentración de derechos)</p> <p>Edición y comercialización de canales telemáticos (nacional) y otras obras de televisión: restricción de la</p>		<p>-Elevados costes fijos</p> <p>-Ambas empresas en pérdidas durante 5 años.</p> <p>-Baja penetración Televisión de Pago.</p> <p>Absorción: aumentar masa crítica abonados, incentivos a mejora de contenidos y bajada precios.</p>

	<p>demanda y integración vertical</p>	<p><b>EFICIENCIAS DERIVADAS DE LA OPERACIÓN</b></p>	<p>De allí, que sea necesario la incorporación para el mantenimiento de la competencia efectiva del mercado de la televisión de pago y demás mercados afectados.</p> <p>Dichas obligaciones se orientaban con el fin de garantizar un porcentaje significativo de porcentaje de canales emitidos, la renuncia a ejercer los derechos de tanteo y retracto y las opciones de compra, garantizar que las condiciones en las que sublicencia los derecho para la retransmisión de los partidos de la Liga española de fútbol, reconocer un derecho de rescisión unilateral a favor de MGM, con la reducción proporcional de la contraprestación por el período restante, sin la aplicación de sanción alguna, la obligación de mantener la comercialización de los canales temáticos producidos por empresas de su grupo, renunciar a actuar como agente para España de los canales temáticos producidos por los grandes estudios, evitar comercializar</p>
--	---------------------------------------	---	--

			<p>conjuntamente la oferta de la plataforma de televisión resultante; no deberá comprometerse a no suscribir, directamente o a través de cualquiera de las empresas que controla, acuerdos o alianzas con cualquier empresa del grupo Telefónica.</p> <p>Asimismo, se indica que dichas condiciones deben supervisadas por parte Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.</p>
	<p><b>TELECOMUNICACIONES:</b> Refuerzo de la posición de Telefónica. Acceso a Internet: particularmente en el mercado de banda ancha nacional Telefonía: convergencia TV-IP.</p>	<p><b>MERCADO RELEVANTE</b></p>	<p>-Televisión De Pago -Otros Mercados Afectados -Ámbito Nacional -Barreras Económicas</p>
	<p>A juicio del Servicio de Defensa de la Competencia la concentración entre Sogecable- Vía Digital, se refuerza la posición de dominio de Sogecable en el mercado de la TV de pago y de los mercados verticalmente relacionados que incluyan aquellos contenidos imprescindibles para operar en él. Además se refuerza su posición de dominio en los servicios mayoristas de plataforma digital. En lo que se respecta a Telefónica que reforzaría</p>	<p><b>EFFECTOS NEGATIVOS A LA COMPETENCIA</b></p>	<p>-Mercado derechos del fútbol -Cine Premium Creación de canales temáticos: contracción de la demanda, integración vertical, acceso de productores a capacidad en la plataforma de acceso a canales por operadores cable. -Pluralismo informativo y contenidos</p>

	su posición, por la convergencia tecnológica, por la posible prestación de servicios empaquetados.		televisivos presencia Telefónica -Riesgo coordinación cesión contenidos Imagenio
--	--	--	---

**Cuadro 89 – Fuente Rodríguez Raposo - Creación Propia: Informes del Tribunal de la Competencia y del Servicio de Defensa de la Competencia Sobre la Fusión.**

El informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, concluye que dicha concentración tiene efectos negativos en el mercado, por el refuerzo de la posición dominante tanto de Sogecable, como de Telefónica, la consolidación del Monopolio en el Mercado del Fútbol; pero asimismo, precisa que el acuerdo podría estar sujeto a condiciones específicas en materia de contratos, como un aspecto que permitiría que el acuerdo pudiese sobrevivir.

Asimismo, destaca algunas ventajas que podría generar dicha fusión en el mercado, como indicaba el Tribunal de Defensa de la Competencia, aspectos que fueron tenidos en cuenta por parte del Consejo de Ministros, respecto a las condiciones impuestas para la autorización del acuerdo.

<b>MONOPOLIO</b>	Derechos de emisión de largometrajes. TV de pago	Derechos de Emisión de partidos de fútbol
<b>POSICIÓN DE DOMINIO</b>	<p>Las dos plataformas tienen ya una posición dominante muy destacada en el mercado de la TV de pago, de autorizarse la fusión, conduciría al empaquetamiento de derechos a los proveedores de contenido.</p> <p>Se atiende a que Telefónica reforzaría aun más su posición en los servicios de acceso a redes de telecomunicaciones y en los servicios de telecomunicaciones.</p>	
<b>CONTROL DE LAS PRINCIPALES INFRAESTRUCTURAS</b>	<p>La empresa que se genere, como sus socios contralarían las principales infraestructuras de acceso a redes de telecomunicaciones tanto para la prestación de los servicios de TV de pago, como la de difusión.</p>	
<b>POSICION DE DOMINIO DE LA EMPRESA RESULTANTE EN EL MERCADO MAYORISTA</b>	<p>Atendiendo a los derechos descritos anteriormente y principalmente en la TV de pago, lo cual conduciría que la nueva empresa creara una única plataforma para la prestación de los servicios.</p>	

**Cuadro 90 – Fuente Informe CMT - Creación Propia: Acuerdo Sogecable-Telefónica.**

En lo que respecta el Consejo de Ministros, mediante dos acuerdos dictados con fecha de 29 de noviembre de 2002<sup>1920</sup>, autorizó la operación sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones, para garantizar la competencia. Dichas condiciones consistían desde la capacidad de la plataforma (acuerdo 1) hasta la limitación de los Derechos de Fútbol (acuerdo 2), para lo cual utilizó todos los instrumentos regulatorios en pro la competencia.

Dichas condiciones fueron<sup>1921</sup>:

CONDICION	OBLIGACIONES/PROHIBICIONES
<b>CAPACIDAD DE PLATAFORMA</b>	Ofertar a terceros programadores un 20% de canales Condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias Precios Orientados a Costes.
<b>DERECHOS DE PELICULAS</b>	Renunciar a derechos de compra preferente Máximo 1 año entre 1ª y 2ª ventana Duración de los nuevos contratos por un período no menor de 3 años, con derecho a rescisión. Prohibición de suscribir contratos de exclusividad para comercializar canales telemáticos.
<b>PAQUETES DE SERVICIOS CONJUNTOS CON TELEFÓNICA</b>	Prohibición de paquete de Televisión de Pago con acceso a internet y/o Imagenio
<b>NO DISCRIMINACION</b>	En la venta de contenidos y de derechos
<b>PRECIOS</b>	Uniformidad en los precios a nivel nacional Prohibición de repercutir a terceros los costes de la fusión Precios regulados durante 4 años.
<b>PROHIBICION DE ACUERDOS ENTRE SOGECABLE Y TELEFONICA</b>	Relacionados con medios de comunicación
<b>PLAN ACTUACIONES MECANIMOS</b>	Vigilancia
<b>PLAZO DE LAS CONDICIONES</b>	5 años
<b>DERECHOS DEL FÚTBOL</b>	Renunciar a derechos de compra preferentes (AVS) Duración de los nuevos contratos no superiores a 3 años Prohibición de exclusividad en nuevos medios tanto internet como móviles

<sup>1920</sup> El Consejo de Ministros ha autorizado la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. (Vía Digital) en Sogecable, S.A. (Sogecable) en base a dos acuerdos sobre las condiciones que deben cumplir las sociedades para realizar la operación. El principal se refiere al conjunto de condiciones impuestas y el segundo se refiere a las condiciones específicas que se deben cumplir en relación con el fútbol y los derechos de retransmisión. Estas últimas se establecen sin perjuicio del expediente iniciado por la Comisión Europea en 1999 sobre esta cuestión.

<sup>1921</sup> RODRÍGUEZ RAPOSO, ALBERTO. “La Aplicación del Derecho de la Competencia en Sectores (Regulados: Telecomunicaciones”. Presentación en la VI Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia. Comisión Nacional de la Competencia. 27 de febrero de 2008.

	Respetar las modalidades de retransmisión existentes Ceder derechos a terceros para PPV y abierto
<b>ELABORACION DE INFORMES</b>	La CMT deberá elaborar dos informes anuales para dar cumplimiento a las obligaciones tanto primer como segundo acuerdo, en ellos se deberá indicar si se dado cumplimiento a las obligaciones establecidas. Asimismo, dicha Comisión podrá emitir informes sobre cualquier conflicto o incidencia relativos al mismo, con el fin de recabar la información que fuese necesaria para la adopción de medidas según la normativa vigente.  No podemos dejar de lado, que el acuerdo indica que en casos de conflicto, la CMT fungiría como árbitro independiente.
<b>EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO</b>	Corresponderá al Servicio de Defensa de la Competencia, la ejecución y cumplimiento de ambos acuerdos, sobre la base de los informes con que, con carácter anual y puntual, evacue la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en relación a la supervisión de las condiciones establecidas en los acuerdos.

**Cuadro 91 – Fuente Acuerdo de Ministros de 29/11/2002 - Creación Propia: Condiciones al Acuerdo Sogecable-Telefónica.**

El acuerdo fue recurrido ante el Tribunal Supremo y en Sentencias dictadas el 7 de noviembre de 2005<sup>1922</sup> y 29 de noviembre de 2005, se analizó la legalidad del Acuerdo, con el fin de determinar si dicha concentración afectaba o no a la competencia, atendiendo a las condiciones impuestas.

A tal fecto, se procedió a determinar cuáles eran los mercados relevantes, concluyendo que eran cuatro tipos de mercado, el mercado de la Televisión de Pago, los contenidos Premium deportivos, los contenidos Premium cinematográficos y la edición y comercialización de canales temáticos, así como los servicios mayoristas de plataforma digital, de telefonía fija e internet.

Como primer aspecto a destacar, el Tribunal reitera el alcance y papel que desempeña el Derecho de la Competencia como forma de intervención en los mercados, teniendo como

<sup>1922</sup> SENTENCIA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 67888/2005. Ponente: JOSE MANUEL BRANDRES SANHEZ-CRUZAT. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 8286/2005. Ponente: OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ. SENTENCIA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 29 de Noviembre. Sala de Contencioso. Sección 3. STS 7205/2005. Ponente: OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

referente las Sentencias proferidas por parte del Tribunal Constitucional<sup>1923</sup>, donde se precisa que existen formas de intervención de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas que pueden afectar o dañar al mercado, como lo es la concurrencia de las empresas.

El papel que viene a desempeñar el Derecho de la Competencia, es fundamental, no entendido como una forma de restricción de la libertad de empresas, sino como un mecanismo de intervención destinado a solventar los problemas provenientes del juego propio del mercado. Si bien, obviamente, la intervención incide en las relaciones publico- privadas. De ahí que éste sea un presupuesto y límite a la vez, para el ejercicio, de la libertad de empresa en el marco constitucional de la economía de mercado previsto en el artículo 38 de la Carta.

El Derecho de la Competencia, tiene como finalidad garantizar la consecución de los objetivos constitucionales y por consiguiente restringir las conductas que puedan afectar a estos mandatos. Por tanto, esta forma de intervención es indispensable para *que un sistema de libertad de empresa sea viable en una economía de mercado, principio de libertad de empresa predicable no solo de las operadoras concentradas, sino también del resto de operadores que actúan en dichos mercados y que como consecuencia de la fusión podrían ver frustradas su posibilidad de competir en situación de cierto equilibrio y no de absoluta desventaja, e incluso de los usuarios que como consecuencia de la libre competencia están en disposiciones de recibir unos servicios de calidad a unos precios proporcionados*<sup>1924</sup>

El Tribunal Supremo a través de un test, analizó la idoneidad de la medida para conseguir el objetivo propuesto desde dos aspectos: 1. si mediante la concentración se restablecía la competencia o 2. si era necesaria la incorporación de mecanismos para limitar los efectos negativos de la concentración. Asimismo, en dicho test se indagó, si la concentración era necesaria o si existía otra forma para la consecución del propósito y por último la determinación de los beneficios que podrían derivarse por la integración de estas dos compañías, ponderando tanto las ventajas para el interés general, así como los perjuicios que se derivan de la concentración.

Asimismo, el Tribunal supremo, viene a precisar que si bien la Defensa de la Competencia es necesaria no debe convertirse en una barrera que restringe tanto la libertad de empresa como la economía del mercado. De ahí que si la concentración objeto de análisis generaba beneficios para el mercado no podía ser desautorizada, aunque podría restringir la competencia. El establecimiento de las Condiciones, tiene como objetivo en cierta manera morigerar los efectos restrictivos que pueden derivarse la concentración, principalmente en los mercados afectados por la operación y por otro lado potenciar o facilitar la concreción de los beneficios.

---

<sup>1923</sup> STC 88/1996, fundamento jurídico 4º y STC 37/1981.

<sup>1924</sup> SENTENCIA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 67888/2005. Ponente: JOSE MANUEL BRANDRES SANHEZ-CRUZAT. (Folios 17 y 18). SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 8286/2005. Ponente: OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ. (Folios 17 y 18).



A juicio del Tribunal Supremo, la incorporación de condiciones a este tipo de acuerdos, es menos restrictiva de la libertad de empresa que un rechazo de plano como el que sugirió el Tribunal de Defensa de la Competencia y que solo habrá a un retroceso de la operación cuando, a pesar de los condicionamientos, sea imposible garantizar la competencia efectiva.

Ahora bien uno de los aspectos que tuvo en cuenta el Tribunal Supremo, fue determinar si las medidas o condiciones para restablecer la competencia respondían a criterios objetivos, y no eran fruto de la arbitrariedad, o al menos eran suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración podría derivar, y uno de los aspectos más importantes si generaba beneficios para los consumidores<sup>1925</sup>, siendo pues uno de los aspectos capitales, ya que si puede concretarse, debe darse por bueno la validez del acuerdo.

Si bien el Gobierno podría oponerse a que se diera dicha concentración, optó por condicionar la concentración, *pensando, como se infiere de la motivación de su acuerdo, que era posible proteger la competencia en los mercados emergentes y el desarrollo de redes basadas en tecnologías alternativas a aquellas en las que operan las empresas concentradas, y además que las eficiencias derivadas de la operación se transmitirían a los usuarios en forma de mejores contenidos y menores precios por alcanzar la plataforma concentrada los umbrales propios de las economías de escala*<sup>1926</sup>.

La finalidad de las condiciones impuestas, era evitar como consecuencia o con posterioridad de la operación, que se refuercen las barreras de entrada, y que las que existen ya en el mercado, se redujeran en el corto plazo. Si bien se establecen unos límites respecto a, la duración de los contratos que se suscriban con la nueva empresa, la imposibilidad de actuar en régimen de exclusiva y su limitación de adquisición de determinados productos.

El Tribunal Supremo se aparta de los criterios expuestos por parte del Servicio de Defensa de la Competencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia, quienes consideraban que la concentración aumentaba la cuota y por consiguiente el Poder del Mercado y la Posición Dominante. A juicio del Tribunal, *la autorización de la concentración no está subordinada al posible aumento del poder de mercado de los operadores como consecuencia de la operación, sino más bien a la restricción de la competencia que tal aumento puede ocasionar. La posición dominante en si misma considerada, no es ilegítima, y puede deberse al efecto expansivo de una gestión eficiente. Prohibirla sería tanto como impedir el éxito de una empresa, frente al fracaso de otras. Se trata únicamente de impedir que ese poder se incremente hasta el extremo de hacer imposible la competencia, y a esto tiende el sistema o control de las concentraciones*<sup>1927</sup>.

---

<sup>1925</sup> SENTENCIA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 67888/2005. Ponente: JOSE MANUEL BRANDRES SANHEZ-CRUZAT. (Folios 18).

<sup>1926</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 8286/2005. Ponente: OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ. (Folio 18)

<sup>1927</sup> SENTENCIA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 29 de Noviembre. Sala de Contencioso. Sección 3. STS 7205/2005. Ponente: OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Folio 19.

Por lo tanto, es necesario determinar la validez y repercusión de las condiciones y si responden a la finalidad de corregir los efectos que distorsionan la competencia o si indebidamente restringen más allá de lo necesario las facultades de las empresas para decidir su política empresarial en un marco de competencia

El Tribunal Supremo ratificó en su totalidad el Acuerdo del Consejo de Ministros, en los tres fallos analizados, atendiendo a que anular algunas de las condiciones de manera aislada, hubieran derivado en una oposición a la concentración.

Puede observarse, además de lo indicado sobre las relaciones entre Regulación y Competencia, la plenitud de jurisdicción del Tribunal Supremo, que llega a examinar la totalidad de la operación, examinando una por una, las condiciones y su impacto en los mercados. Es un buen ejemplo de un quehacer jurisdiccional que llega hasta el fondo en asuntos tradicionalmente examinados más bien desde una mera perspectiva formal.

## **8.5. EL NUEVO ESCENARIO EN LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA - POSIBLES MECANISMOS DE SOLUCIÓN**

El Derecho de la Competencia y la Regulación juegan roles esenciales y complementarios<sup>1928</sup>, cuya finalidad es la que los mercados los mercados funcionen para los consumidores, para lo cual es necesario que haya una estrecha cooperación entre los reguladores y las Autoridades de Competencia, atendiendo a la existencia de entes uni-sectoriales para cada sector y una única autoridad de Competencia.

Ahora bien, el interrogante a resolver es ¿Cómo garantizar esta cooperación dentro de una misma entidad donde concluyen tanto la intervención *ex ante* como la *ex post*?

La clave es asegurarse la consistencia y continuidad empresarial y del propio mercado - especialmente en los mercados en los que se encuentran en período de transición o un cambio de la regulación *ex ante* a un control *a posteriori* -, sino también en los mercados donde se

---

<sup>1928</sup> ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “La aplicación... Op. cit. Pp. 36 y ss. Se considera que ambas normativas son complementarias: aunque tenga la finalidad última de promover la competencia, son instrumentos independientes que operan como dos barreras, siendo la primera la regulación y los preceptos del Tratado a segunda. La normativa sectorial releva la voluntad de proteger especialmente la competencia en este mercado a través de medidas adicionales a las Derecho de la competencia, que establece un conjunto de criterios mínimos. Así, el marco regulador complementa las disposiciones del Tratado sobre la competencia tenga un alcance que los artículos 101 y 102 no podrían establecerse por mismos con igual efectividad.

pueden esperar la reglamentación y aplicación de la competencia han de convivir durante algún tiempo con las normas propias de la regulación<sup>1929</sup>.

Cuando estamos hablando que con la regulación se pretende alcanzar otros objetivos de políticas públicas, es importante tener en cuenta que la regulación puede en determinados supuestos crear distorsiones de la competencia generando afectaciones a los intereses de los consumidores. Por esta razón, la defensa de la competencia debe, garantizar que los principios de la competencia se tengan en cuenta cuando se está preparando la regulación<sup>1930</sup>.

Es necesario, por la tanto, la existencia de órganos especializados<sup>1931</sup> conocedores del sector, con información veraz y cierta del los mercados, para intervenir en ellos e imponer así racionalmente, los remedios necesarios para lograr su correcto funcionamiento, sumando a la función de vigilar y controlar los mercados y evitando que los operadores inmersos en ellos no falseen o restrinjan la competencia, así como actuaciones tendentes a promocionar la competencia que lleven implícita la limitación de la libertad de actuación de las empresas en posición dominante.

El carácter prospectivo de las decisiones del regulador *ex ante*, permite determinar cómo será la evolución de los mercados, lo que implica la existencia de certeza en la predecibilidad de la actuación del mismo<sup>1932</sup>, de sus instrumentos y anticipar cómo será el comportamiento del mercado (algo similar cuando se analizan los posibles efectos de las concentraciones económicas en un sector en particular)<sup>1933</sup>. Lo cual no puede ser entendido por parte de los operadores como instrumentos creados para legitimar sus conductas<sup>1934</sup> y, por consiguiente,

---

<sup>1929</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “*Ex ante - ex post...* Op. cit. 8. Surge entonces el inconveniente en determinar en qué supuestos la regulación *ex ante*, debe retirarse para aplicar las reglas propias del *ex post*, Por consiguiente, se hace necesario determinar los sectores en los cuales se hace necesario la aplicación permanente de las reglas *ex ante*, o de aquellos sectores en los que dichas reglas tienen un carácter transitorio, como un camino orientado a el *ex post*, dicha transición debe ser precedida por parte del legislador tanto nacional como comunitaria los cuales determinar en qué momento se debe retirar la regulación *ex ante* con el fin de que este no sofoque el desarrollo del mercado y este continúe su senda de crecimiento en espacios de libertad como se da en el *ex post*.”

<sup>1930</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. “*Autoridad de la Competencia...* Op. cit. Pp. 34. La existencia de un objetivo común el cual es que el mercado alcance el nivel más adecuado de competencia y corriendo y compensando las conductas de los operadores con posición de dominio.

<sup>1931</sup> ALONSO SOTO, RICARDO JOSÉ. “*11. Los organismos reguladores...* Op. cit. Pp. 350. *Estas características probablemente sólo las ofrece el Órgano Regulador Independiente que además presenta la venta de poder actuar preventivamente (ex ante)*

<sup>1932</sup> FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “*Ex ante - ex post...* Op. cit. Pp. 12. *Tal posición conduce entonces a la preferencia inclusión de un ex ante mal hecho con respecto a un ex post bien hecho, ya que la seguridad de los operadores es tomada a mal por el ex post que produce reglas retroactivas, más aún, si lo hace por sorpresa. La solución pasaría hacer un relación con el ex ante, y concretamente, en limitar el control jurisdiccional a un simple control de legalidad. Si se formula la cuestión así, entonces hay que elegir entre la eficacia de la regulación y la seguridad de los operadores-apelando a un control judicial débil de los reguladores-por una parte, y la inserción más fuerte de las decisiones del regulador en el sistema de derecho para acrecentar su legitimidad- apelando a un control judicial fuerte de los reguladores-por otra parte.*

<sup>1933</sup> ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “*Comunicaciones....* Op. cit. Pp. 77.

<sup>1934</sup> A pesar de esta afirmación no se puede dejar de lado la existencia de la inestabilidad de las medidas que se adopten por parte del regulador, lo que aumenta su discrecionalidad en la toma de decisiones a lo que se le ha denominado como el riesgo regulatorio, tal como lo indica VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO.

podrán quedar sujetos a control por parte de las Autoridades de Competencia con su intervención *ex post* a través de la aplicación de lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y los artículos 101 y 102 del TFUE, sólo cuando la conducta se haya producido.

Por lo tanto, el carácter complementario de la intervención *ex ante* respecto a la *ex post*, es que la primera se constituye en un medio que se concretará en un *ex post* efectivo. La actuación del órgano *ex ante* suministrará la información necesaria para que el órgano *ex post*. No puede dejarse de lado que pueden darse inconvenientes y conflictos, provenientes de las finalidades y objetivos de ambas culturas. Por consiguiente la finalidad de la intervención *ex ante*, examinada ahora respecto de su relación con la política gubernamental, deviene en que, efectivamente, cuente con los criterios para garantizar la independencia de su órgano de aplicación, con el fin de que el regulador deje de ser un instrumento para el desarrollo de sus Políticas<sup>1935</sup>.

Tal vez, la solución acogida por el legislador español de crear y agrupar en un solo cuerpo las funciones de Regulación y Competencia, no era la más conveniente atendiendo a la experiencia comparada de Reguladores uni-sectoriales y Autoridades de Competencia. El camino más conveniente hubiera sido el utilizar los diversos instrumentos existentes tendentes a minimizar efectivamente los costes de decisiones contradictorias, de allí que sean múltiples los mecanismos como lo indica CALVIÑO SANTAMARÍA<sup>1936</sup> *los contactos informales de abstención, pasando por la delimitación de competencia, la participación recíproca en los respectivos procedimientos o el recurso ante un mismo órgano en caso de resoluciones inconsistentes.*

A pesar del camino adoptado, se busca simplificar las relaciones entre ambos tipos de intervención y de esta manera lograr una coherencia en cuanto a la aplicación de ambos tipos de normas<sup>1937</sup>, logrando de esta manera la seguridad jurídica y la confianza institucional.

Pero surge la cuestión de cómo podrá garantizarse esa seguridad, cuando en muchos supuestos la Sala de Supervisión regulatoria tendrá que ordenar algunas de las conductas de los operadores con posición significativa en el mercado que podrían ser constitutivas de infracciones a la libre competencia, pero se opta por medidas tendentes a garantizar el mercado

---

*“La regulación económica... Op. cit. Pp. 35. Si bien ciertas medidas pueden adolecer de concreción y de estabilidad, en algunos supuestos, las modificaciones que se han producido en determinados sectores están relacionadas con la conexión de algunos mercados respecto a nuevas tecnologías, lo que implica ciertos costes. Pero la existencia de modificaciones intempestivas se traducen en una afectación a la seguridad jurídica de las empresas, que pueden afectar efectivamente el mercado y la estructura de coste de las empresas.*

<sup>1935</sup> *Ibíd. Pp. 36. Quien viene a precisar que efectivamente la captura del regulador no puede circunscribirse al secuestro de las empresas reguladas respecto de la autoridad reguladora, sino que este puede darse en la mayoría de veces por parte del Gobierno, afectando la neutralidad que se ha pretendido garantizar en las múltiples reformas de este tipo de organismos.*

<sup>1936</sup> CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. *“Regulación y competencia en telecomunicaciones...Op. Cit. Pp.*

*67.*

<sup>1937</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados...Op.cit. Pp. 263.*

en vez de notificar a la Sala Competencia para que ésta investigue e imponga las medidas que haya lugar.

También puede ocurrir que la Sala de Supervisión puede encontrarse en supuestos en los que la supuesta conducta que debería ser analizada por la otra Sala, no cuenta con todos los elementos o existe alguna duda sobre si debe preferirse la imposición de las medidas preventivas de la regulación *ex ante* respecto al carácter correctivo de la legislación de competencia.

Pueden existir supuestos en los cuales la Sala de Competencia determine la infracción como pueden ser un abuso de la Posición de Dominio, a pesar de que la Sala de Competencia en su análisis considere que dicha conducta no existe o si bien se consideran suficientes para paliarla si se adoptaron las medidas preventivas pero el abuso se concreto<sup>1938</sup>.

De todo ello, se cuestiona si una misma Autoridad pueda adoptar posturas divergentes respecto de un mismo caso.

Los informes preceptivos entre las Salas constituyen el instrumento de coordinación interna respecto a los procedimientos que examinan cada una de ellas, tal como se precisa en el artículo 21.2 de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>1939</sup>. Con claridad se establecen los informes y los criterios que deberán tener en cuenta las Salas para su elaboración.

Pero más se necesita ir allá de este mecanismo, que por sí solo no garantiza la seguridad jurídica y la confianza legítima reclamada para el mercado en general y por los diversos sectores que lo conforman, ya que la fórmula utilizada es muy amplia. De ahí que sea necesario que se refuercen los diversos mecanismos no ya de mera cooperación a los que aludía el artículo 17 de la Ley de Competencia<sup>1940</sup> derogado por la Ley 3/2013, sino de colaboración

---

<sup>1938</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. “Autoridad de la Competencia...Op. cit. Pp. 19.

<sup>1939</sup> Artículo 21. Competencias de pleno y salas.

2. Las salas conocerán de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las salas, deba informar la otra con carácter preceptivo. En todo caso, deberá emitirse informe en los siguientes asuntos:

a) Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que, previstos en los artículos 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.

b) Por la Sala de Supervisión regulatoria, en los procedimientos en materia de defensa de la competencia previstos por el artículo 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los artículos 6 a 11.

<sup>1940</sup> Dicho artículo consagraba cuatro mecanismos a saber:

1. Transmitirse mutuamente, ya fuese de oficio o a instancia de parte, la información sobre sus respectivas actuaciones.
2. El deber en cabeza de las autoridades reguladoras de informar a la CNC sobre las actuaciones de que tuvieran conocimientos y que pudieran ser contrarias a la competencia.
3. Se preveía que la participación de ambas autoridades en el ejercicio de las competencias respectivas, a través de la emisión de informes no vinculantes.
4. La reunión periódica para establecer mecanismos de coordinación.

entre las Direcciones y entre las Salas; más aun cuando estamos en presencia de mercados con idiosincrasias muy marcadas que pueden afectar la actividad encomendada a la CNMC.

Dicho mecanismo puede adolecer de los mismos inconvenientes que se presentaron estando en vigencia el régimen jurídico anterior. Recuerda así BETANCOR RODRÍGUEZ<sup>1941</sup> *Al final, será siempre necesario otro mecanismo que resuelva las situaciones confusas, la insuficiencia de la coordinación horizontal acaba alumbrando la coordinación vertical, porque a un órgano se le reconoce poderes para resolver estas situaciones o imponer los términos en que la coordinación debe llevarse a cabo.*

Podrían ser varios los mecanismos para garantizar la efectividad de las medidas que mitigarían los efectos de resoluciones con criterios discordantes dentro de la misma Comisión. Uno ellos ya se encuentra consagrado en la propia Ley de creación de la CNMC, consistente en el voto de calidad previsto en el Estatuto Orgánico de la Comisión<sup>1942</sup>, cuando se generen conflictos entre ambas Salas. Pero existen otras posibilidades. Veamos

#### 8.5.1. Asignar a la Dirección de Competencia la Realización de Algunas Funciones Encomendadas a las Diversas Direcciones Sectoriales

La finalidad, sería que aspectos tales como la determinación de los mercados relevantes o la determinación de las condiciones de Poder Significativo (Posición Dominante) en el mercado, fueran establecidas por parte de la Dirección de Competencia, lo cual conduciría a que se aprovechara de la experiencia de la Dirección en esta materia, evitando posturas discordantes en la determinación efectiva de los Mercados<sup>1943</sup>. Ello permitiría que los abusos de posición de dominio fueran observados y analizados desde ambas perspectivas. Así en lo que corresponde a la regulación, se trataría de conocer el alcance y la determinación de una potencial conducta que debe ser prevenida de acuerdo con el marco competencial existente mientras que en el ámbito de la competencia, su actividad se orienta a determinar la existencia o no del abuso<sup>1944</sup>.

---

<sup>1941</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. *“Autoridad de la Competencia...”* Op. cit. Pp. 20.

<sup>1942</sup> Artículo 15. El Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia...

d) *Dirimir los empates con su voto de calidad.*

<sup>1943</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. *Autoridades de Defensa...* Op. cit. Pp.156. Quien considera que sería un mecanismo para recortar el riesgo de que las autoridades sectoriales perpetúen la intervención pública, a lo que pueden tener no ya sólo inercia, sino porque ello depende su supervivencia institucional.

<sup>1944</sup> DTI. *CONCURRENT COMPETITION POWERS IN SECTORAL REGULATION*. A report by the Department of Trade and Industry and HM. Treasury MAY 2006.URN 06/1244. Disponible: <http://www.dti.gov.uk/files/file29454.pdf>. [en línea] (Consultado 31/03/2014). El inconveniente que se precisa en este informe, que si bien las Autoridades de Competencia, llevan estudios de mercados, estos se centran en aspectos muy específicos de un sector, de allí que puedan ser generales, a diferencia de los propios estudios de mercado que son realizados por parte de las autoridades regulatorias, ya que no sólo analizan los aspectos globales del sector sino las propias especificidades del mismo. Pero esto no impide que los aspectos específicos como los mercados, la determinación de las cuotas de mercado, requieran del concurso necesario e indispensable de los conocimientos y pericia de la Autoridad de Competencia.

El establecimiento de este mecanismo, evitaría que la Autoridad Reguladora, en este caso la Sala, oriente su actuación a defender su fuero en vez de ayudar a demostrar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia. Por consiguiente la existencia del ejercicio de tareas por parte de la Sala de Competencia, llevaría a que ésta desempeñara sus tareas conforme a los objetivos encomendados y que sancionara con éxito las conductas contrarias a la libre competencia; y a su vez ello permitiría que la Sala de Supervisión Regulatoria revisara su marco normativo con el fin de que las medidas que se impongan se orienten a evitar la consolidación de este tipo de conducta en los mercados que regulan<sup>1945</sup>.

#### 8.5.2. La Calidad de la Información

Uno de los aspectos más cuestionados es la calidad de la información con la que cuenta el regulador, en este caso concreto la Sala de Supervisión Regulatoria y las tres Salas que dependen de ella. De ahí que la información que se recopile sea fundamental, no solo para garantizar el funcionamiento del mercado en un régimen de competencia, sino inclusive para fija otro tipo de objetivos, principalmente de tipo social, que se enmarcan dentro de la intervención pública<sup>1946</sup>.

El asunto Telefónica vino a determinar que la información con la que contaba el regulador sectorial en su momento no era una información donde se reflejaran los costes reales del operador. Lo cual puede inducir a error al regulador y adoptar una regulación deficiente o insuficiente a la realidad del mercado, como sucedió en el mencionado asunto, donde fue la Autoridad de Competencia la que apreció la existencia del abuso. De ahí que, para prevenir los abusos, sea necesario que el Regulador cuente con información veraz y cierta del mercado y específicamente de los operadores que ostentan posición significativa en el mercado. Es necesario pues, que se cuente con la información tanto técnica, económica, financiera y comercial más adecuada y apropiada, no solo de los mercados, sino de los propios operadores. La insuficiencia de la misma o su carácter incompleto, puede derivar en una intervención insuficiente, obsoleta o innecesaria o incompleta. *Ésta es la base esencial de su propia existencia: prevenir los abusos, adoptando medidas estructurales o comunicárselas a la autoridad de competencia para que sanciones*<sup>1947</sup>. Lo que se busca finalmente es que no se concreten los problemas de “principal-agente”, donde la labor del regulador dependerá de la acción o de la naturaleza del operador del cual no tiene toda la información.

Por lo tanto, es indispensable que la CNMC, ante la diversidad de funciones que le han sido encomendadas, debe contar con la información suficiente y con la calidad necesaria para el desarrollo efectivo de sus tareas y de las medidas, sean éstas de carácter general o medidas de tipo particular impuestas a determinados operadores. Ha de ser la propia entidad la que deba ponderar qué tipo de información requiere ante el volumen de asuntos que son de su

---

<sup>1945</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. “Autoridad de la Competencia... Op. cit. Pp. 34.

<sup>1946</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. *Publicidad y....* Op. cit. Pp. 842.

<sup>1947</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS. “Autoridad de la Competencia... Op. cit. Pp. 20.

competencia y que deben ser resueltos. Igualmente ha de fijar los instrumentos mediante los cuales puede obtenerla, sean mediante la obtención voluntaria de la información a través de su aportación voluntaria o sea mediante los suministros de información cuando medie requerimiento por parte de la CNMC. Quizás esta última se constituye en el mecanismo más óptimo, el cual permite a la entidad determinar qué tipo de información requiere, qué condiciones debe reunir y cuál es la finalidad misma<sup>1948</sup>. Naturalmente limitada a los supuestos previstos en la Ley y a cumplir finalidades concretas previstas en el marco competencias de atribuciones y competencias establecidos en la Ley de Creación de la CNMC y sus normas complementarias.

La información que se requería en la mayoría de casos, tenía como finalidad la recopilación de datos, con los cuales se realizan estudios, análisis y comparaciones sobre las medidas y la evolución misma del mercado. Medidas que implicarían bien la modificación -o no- de las obligaciones impuestas a un operador, o las futuras medidas de intervención que pueden darse en cada sector en concreto,..Y dichas medidas van aparejadas con la posibilidad que tiene la CNMC de requerir información para desarrollar instrumentos específicos en los mercados y garantizar que el mercado funcione, particularmente en lo que responde a la definición de los mercados de referencia y la determinación de los operadores con posición significativa en el mercado, lo que permite un amplio abanico de posibilidades para que la CNMC defina los requisitos de la información que requiere para llevar las actuaciones específicas en cada sector en concreto<sup>1949</sup>, así como límites previsto por parte de la misma Ley para requerir información.

La finalidad no es sólo disponer de la información, sino la calidad de la misma a efectos de evitar procedimientos paralelos en el seno de la misma entidad. Por lo tanto la información que se requiera debe ser real, directa e indispensable para dar cumplimiento a la finalidad para la cual se realizó el requerimiento<sup>1950</sup>, garantizándose, desde luego, el establecimiento de las cautelas correspondientes en materia de confidencialidad de la información que se recopila y predeterminando la responsabilidad que puede derivarse de un mal manejo de ésta, ya que puede afectar directamente los intereses y derechos de los interesados.

---

<sup>1948</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. *Publicidad y...* Op. cit. Pp. 848 y ss.

<sup>1949</sup> Los requerimientos de información pueden ser:

- a) Obligaciones y requerimientos de información de carácter general con finalidad de estudio, análisis o comparación.
- b) Obligación y requerimientos de información de carácter general para la regulación del mercado.
- c) Obligaciones y requerimientos de información específicos relacionados con los derechos de recursos escasos.
- d) Obligaciones y requerimientos de información para comprobar el cumplimiento de obligaciones por parte de los operadores.
- e) Obligaciones y requerimientos de información en los casos específicos dispuestos por el ordenamiento.

<sup>1950</sup> VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. *Publicidad y...* Op. cit. Pp. 859 y ss.



### 8.5.3. La Creación de un Sistema de Competencias Concurrentes para la Aplicación de las Normas de Competencia<sup>1951</sup>.

Para la creación de este sistema, sería oportuno una revisión de las mejores prácticas regulatorias, destacándose el modelo implantado por parte del Reino Unido, a partir del año de 1998, mediante la Competition Act de 1998<sup>1952</sup>. En la misma se indica que, si bien la ley de competencia que se aplica en el Reino Unido corresponde aplicarla principalmente a la Office of Fair Trading, en adelante OF, ello no impide que atendiendo a las particularidades de ciertas industrias reguladas, los reguladores de cada sector cuenten con poderes concurrentes para aplicar y hacer cumplir la Competition Act de y los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

Esta aplicación concurrente, conduciría a una eliminación gradual de la *regulación ex ante* y la consolidación del Derecho de la Competencia y de la intervención *ex post*, tal como está previsto en sede comunitaria y que ha sido replicada en el modelo adoptado por parte de la CNMC en su Ley de Creación.

Creemos que hubiese sido más oportuno en nuestro caso, mantener la presencia de todos los reguladores existentes antes de la fusión y no desembocar sin estudios previos en e confuso modelo vigente.

Los órganos reguladores sectoriales con competencias concurrentes, atendiendo a sus aéreas específicas son<sup>1953 1954</sup>:

REGULADOR	ESTATUTO	ACUERDOS O CONDUCTAS RELACIONADAS
OFCOM- Oficina de Comunicaciones	The Communications Act 2003	Actividades relacionadas en materia de telecomunicaciones y el sector audiovisual
OFGEM - Autoridad de Mercados de Gas y Electricidad.	The Gas Act 1986 The Electricity Act 1989	El envío, transporte o suministro de gas y de actividades accesorias y las actividades comerciales relacionadas con la generación, transporte o

<sup>1951</sup> Este mecanismo había sido enunciado en su momento por parte de LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, en su artículo *Autoridades de Defensa...* Op. cit. Pp. 156. Mecanismos que cobra utilidad en el nuevo entorno regulatorio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1952</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41>

<sup>1953</sup> OFFICE OF FAIR TRADING. *Concurrent application to regulated industries*. Competition law 2014. Disponible en: [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/business\\_leaflets/ca98\\_guidelines/oft405.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft405.pdf) [en línea]. (Consultado 31/03/2014).

<sup>1954</sup> DTI. *CONCURRENT COMPETITION POWERS...* Op. cit. Pp. 8.

		suministro de electricidad.
OFREG NI - Autoridad de Irlanda del Norte por el Reglamento Utility: Gas y Electricidad en Irlanda del Norte.	The Gas ( Northern Ireland) Orden 1996  The Electricity (Northern Ireland Orden 1992	El transporte, el almacenamiento o suministro de gas en Irlanda del Norte.  Las actividades comerciales relacionadas con la generación, transporte o suministro de electricidad en Irlanda del Norte.
OFWAT – Autoridad de Regulación del Agua	The Water Industry Act 1991	Las actividades comerciales relacionadas con el suministro de agua asegurar un suministro de agua o con la prestación o garantía de servicios de alcantarillado.
ORR- Oficina de Regulación Ferroviaria	Railways Act 1993 (as amended by the Transport Act 2000)	Suministro de servicios de servicios relacionados con los ferrocarriles
CAA- Autoridad de Aviación Civil	The Transport Act 2000	Servicios de tránsito aéreo y los Servicios de Explotación de Aeropuertos.

**Cuadro 92 – Fuente Office Of Fair Trading, DTI - Creación Propia: Organismos Reguladores Sectoriales del Reino Unido.**

En el ejercicio de esas competencias concurrentes en materia de competencia, la interacción entre las competencias concurrentes con los poderes específicos atendiendo a las particularidades de cada sector y la aplicación de la Competition Act de 1998 por cada uno de los reguladores sectoriales se da de forma continua.

Como sucede en el caso español, las investigaciones se inician mediante denuncia por parte de los afectados, o de oficio por parte de las entidades anteriormente relacionadas.

Con el fin de determinar qué autoridad debe llevar la investigación cuando se esté en presencia de asuntos que están relacionados con materias correspondientes a los sectores regulados, se ha creado un mecanismo de cooperación entre la OFT y los reguladores, que confluye en un grupo de trabajo, cuyas siglas en inglés son CWP, donde se determinara quien resolverá el asunto.

Actualmente se está contestando a consultas y se han elaborado diferentes guías<sup>1955</sup> con el fin de dotar al Grupo de mayores funciones, principalmente las de coordinación de todas y cada una de las funciones concurrentes de los reguladores y de la propia OFT, donde se incluyan las investigaciones de mercados, con el objetivo de garantizar una aplicación más coherente de dichas competencias y que por consiguiente refleje las mejores prácticas<sup>1956</sup>, así como los puntos discordantes para lograr su solución.

La ventaja de este modelo es que se logra tener una visión en conjunto de la Ley de Competencia. Por ello, es la OFT la que debe orientar el proceso, para que éste se aplique de manera coherente en todos los sectores de la economía. En nuestro caso de estudio, sería la Dirección de Competencia la que lideraría el proceso para la consecución de este objetivo<sup>1957</sup>. Asimismo, conduce a que el regulador pueda ajustar su conducta conforme a los poderes específicos que le han sido otorgados o adoptar su decisión ya conforme a los poderes de competencia, sabiendo que esta última será siempre decisiva.

#### **8.5.3.1.El Modelo de Facultades Concurrentes**

Tal como se indica en los estudios elaborados tanto por la OFT como por DIT, están definidas las competencias concurrentes, tales como la facultad de aplicar la Ley de competencia en determinados sectores. Dicha facultad puede ser ejercida tanto por los reguladores, como por parte de la Autoridad de Competencia, en este caso OFT. Por lo tanto, los reguladores tienen todos los poderes de la OFT para aplicar y hacer cumplir Artículo 81 y el artículo 82 del Tratado de la Unión (hoy 101 y 102tfue) y los que le otorga su propia Ley, con el fin de hacer frente acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante que puedan producirse en las actividades que se produzcan en relación con sus respectivos sectores<sup>1958</sup>.

Asimismo, se han definido tres poderes concurrentes: 1. El poderes para hacer referencias de investigación de mercado, 2. Poderes para investigar las violaciones de las prohibiciones tanto

---

<sup>1955</sup> Competition and Markets Authority (CMA). *Regulated Industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries Consultation document September 2013* CMA10con. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/243707/3-guidance-on-concurrent-application-of-competition-law-to-regulated-industries-consultation.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/243707/3-guidance-on-concurrent-application-of-competition-law-to-regulated-industries-consultation.pdf) [en línea] (Consultado 01/04/2014). En igual sentido, Competition and Markets Authority (CMA). *Regulated industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries Summary of responses to the consultation* March 2014 CMA10resp. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/288752/CMA10resp\\_Regulate\\_d\\_industries\\_Guidance\\_SoR.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288752/CMA10resp_Regulate_d_industries_Guidance_SoR.pdf) [en línea]. (Consultado 03/04/2014)

<sup>1956</sup> DTI. *CONCURRENT COMPETITION POWERS*...Op. cit. Pp. 3 y ss.

<sup>1957</sup> *Ibíd.* Pp. 4.

<sup>1958</sup> OFFICE OF FAIR TRADING. *Concurrent application to*...Op. cit. Pp. 5

de la Ley de Competencia como de los artículo 101 y 1012 del TFUE (antiguos 81 y 82 del TCE) y 3. Poderes para realizar estudios de mercado<sup>1959</sup>:

<p><b>PODERES PARA HACER REFERENCIA DE INVESTIGACION DE MERCADO</b></p>	<p>La finalidad es analizar los mercados, con el fin de determinar si estos desarrollan conforme a los parámetros previstos por parte del regulador para generar un entorno de competitivo o parecen estar mostrando características anticompetitivas.</p> <p>Dichos poderes se encuentran contenidos en la legislación sectorial. Estos poderes están contenidas en la legislación sectorial, salvo que me medie facultades específicas asignadas por parte de otra Ley, como sucede con la Ley de Sociedades.</p>
<p><b>PODERES PARA INVESTIGAR LAS VIOLACIONES DE LA PROHIBICIONES DEL CAPÍTULO 1 Y 2 ARTÍCULO 101 Y 102</b></p>	<p>El Capítulo 1 de la Competition Act, equivale al artículo 101 ( 1 ) prohíbe determinados acuerdos contrarios a la competencia entre empresas y el Capítulo 2, equivale al artículo 102 por el cual se prohíbe el abuso de una posición dominante en un mercado de las empresas .</p> <p>Asimismo, en la Sección 54 y 10 del programa de Competition Act<sup>1960</sup>, le han sido</p>

<sup>1959</sup> Ibíd. Pp. 5. En el mencionado informe se realiza una relación de los poderes asignados en razón de las competencias concurrentes a favor de los reguladores sectoriales.

<sup>1960</sup> Regulators 54

(1) In this Part “regulator” means any person mentioned in paragraphs (a) to (g) of paragraph 1 of Schedule 10 [F1 and the Civil Aviation Authority].

(2) Parts II and III of Schedule 10 provide for functions of the Director under this Part to be exercisable concurrently by regulators.

(3) Parts IV and V of Schedule 10 make minor and consequential amendments in connection with the regulators’ competition functions.

(4) The Secretary of State may make regulations for the purpose of co-ordinating the performance of functions under this Part (“Part I functions”) which are exercisable concurrently by two or more competent persons as a result of any provision made by Part II or III of Schedule 10 [F2 or by Chapter V of Part I of the Transport Act 2000] .

(5) The regulations may, in particular, make provision—

(a) as to the procedure to be followed by competent persons when determining who is to exercise Part I functions in a particular case;

(b) as to the steps which must be taken before a competent person exercises, in a particular case, such Part I functions as may be prescribed;

(c) as to the procedure for determining, in a particular case, questions arising as to which competent person is to exercise Part I functions in respect of the case;

(d) for Part I functions in a particular case to be exercised jointly—

(i) by the Director and one or more regulators, or

(ii) by two or more regulators, and as to the procedure to be followed in such cases;

	<p>reconocidos a los reguladores sectoriales de las mismas facultades en relación con las infracciones de estas disposiciones en los casos individuales por parte de empresas de comercio en los sectores que regulan como tener OFT en todos los casos.</p> <p>Por lo tanto, los reguladores están facultados para investigar las violaciones por parte de empresas que sospechan haber violado estas prohibiciones<sup>1961</sup>.</p> <p>Para dar alcance a lo previsto en la Ley de Competencia, los reguladores se encuentran facultados para investigar las presuntas violaciones realizadas por las empresas, puedan aceptar compromisos e imponer sanciones de carácter pecuniario cuando sea del caso.</p> <p>En cuanto a su capacidad para hacer cumplir los mandatos comunitarios consagrados en los artículos 101 y 102, a los reguladores sectoriales se les ha asignado como autoridades nacionales de competencia en su propio sector.</p>
<p><b>PODERES PARA REALIZAR LOS ESTUDIOS DE MERCADO</b></p>	<p>Esta es una facultad atribuida a la OFT, mediante la cual puede realizar estudios sobre cualquier mercado, lo operadores cuentan con podres similares circunscritos al mercado que a bien regulan conforme a los poderes asignados por la Ley de Creación.</p>

**Cuadro 93 – Fuente Office Of Fair Trading - Creación Propia: Poderes Concurrentes de los Organismos Reguladores Sectoriales del Reino Unido.**

(e)as to the circumstances in which the exercise by a competent person of such Part I functions as may be prescribed is to preclude the exercise of such functions by another such person;

(f)for cases in respect of which Part I functions are being, or have been, exercised by a competent person to be transferred to another such person;

(g)for the person (“A”) exercising Part I functions in a particular case—

(i)to appoint another competent person (“B”) to exercise Part I functions on A’s behalf in relation to the case; or

(ii)to appoint officers of B (with B’s consent) to act as officers of A in relation to the case;

(h)for notification as to who is exercising Part I functions in respect of a particular case.

(6)Provision made by virtue of subsection (5)(c) may provide for questions to be referred to and determined by the Secretary of State or by such other person as may be prescribed.

(7) “Competent person” means the Director or any of the regulators.

<sup>1961</sup> DTI. *CONCURRENT COMPETITION POWERS...*Op. cit. Pp. 8.

Si bien a los reguladores se le han otorgado facultades concurrentes, para ser aplicadas a casos concretos y por consiguiente corresponderá al propio regulador, determinar si escoge entre sus poderes específicos otorgados por la legislación sectorial o las propias del Derecho de la Competencia, esto no le habilita para ejercer competencias propias de la OFT, como lo son emisión de orientaciones generales sobre la aplicación de las prohibiciones y de sanciones, ni modificar las normas procesales que establecen los procedimientos en aplicación de la Competition Act.

#### **8.5.3.2. Razones que justificaron escoger este Modelo en el Sistema Anglosajón**

Tal como hemos analizado previamente, los reguladores cuentan con un marco competencial, por el cual pueden definir las condiciones propias del mercado y sus particularidades, con el fin de generar competencia en los supuestos en los que no exista o lograr la consolidación de la misma.

Uno de los principales problemas a que pretende dar solución, tanto desde la perspectiva regulatoria como desde la propia del derecho de la Competencia, es al abuso de la posición de dominio, dando un carácter prevalente al carácter disuasorio que puede lograrse mediante la intervención *ex ante* atendidos los costes que a futuro puede derivar una multa por abuso de posición de dominio.

La elección del modelo que apuesta porque las competencias sean concurrentes, viene dada por dos razones.

En primer lugar por el conocimiento que tiene la Autoridad Regulatoria del sector y por consiguiente en la resolución de los asuntos puede darse un mejor manejo para la aplicación de las normas de competencia. Y el segundo aspecto, es que los Reguladores, pueden detectar con mayor exactitud los problemas que aquejan al mercado, añadiendo como último aspecto, que se puede juzgar mejor bajo los parámetros propios de la regulación sectorial que acudir a las normas generales de la competencia, ya que sus actuaciones puedan gravitar en función de las normas generales y específicas<sup>1962</sup> en función del comportamiento del mercado y de los objetivos. Objetivos que no solo se limitan al mantenimiento de la competencia en el mercado, sino de otro tipo de obligaciones que el Derecho de la Competencia no contempla, en especial las obligaciones de servicio universal y las demás obligaciones de servicio público.

---

<sup>1962</sup> Ibíd. Pp. 11 y ss.

### **8.5.3.3. Asignacion de los Asuntos- Reglamento de Concurrencia.**

En cuanto a la determinación de las competencias y con el fin de evitar actuaciones paralelas, se ha establecido un Reglamento donde se determinan el procedimiento previsto en la Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004<sup>1963</sup>.

Este Reglamento de concurrencia no está destinado a tratar de manera integral todos los aspectos que puedan llegar a ser conocidos por la OFT y los Reguladores, las cuestiones que no se abordan en dicho Reglamento son abordadas a través de acuerdos informales entre los distintos reguladores y la autoridad de competencia. La finalidad del reglamento es garantizar la coherencia de la toma de decisiones atendiendo siempre a la primacía de las normas comunitarias<sup>1964</sup>.

Para tal efecto, la Autoridad de Competencia ha elaborado una serie de guías donde se especifica el alcance de dichas facultades concurrentes y cómo pueden ser utilizadas. Los procedimientos pueden iniciarse mediante presentación de denuncia o de oficio. En cuanto el procedimiento se inicia de oficio, se prevé un mecanismo para limitar el poder de elección por de los afectados. De esta manera, se evitan denuncias múltiples y resoluciones contradictorias<sup>1965</sup>.

Si una de estas entidades de oficio desea iniciar la investigación, deberá informar a las demás entidades que pueden llegar a ser competentes o concurrentes, con el fin de alcanzar un acuerdo, y la investigación no se iniciará hasta que dicho acuerdo sea logrado.

Todo se examinará en el Grupo de Trabajo de Concurrencia, donde se valoran aspectos tales como, el conocimiento del sector, si el asunto afecta a uno o más sectores regulados y el tratamiento similar o semejante que se le haya dado a una conducta de similares características. De llegarse al mencionado acuerdo, se procederá a informar al denunciante cual es la Autoridad competente<sup>1966</sup>.

En los casos que existan discrepancias en cuanto al logro del acuerdo, dichas desavenencias no serán resueltas por parte de ninguna de las Autoridades, sino será la Secretaria de Estado quien atribuya la competencia. Los criterios que deberá tener en cuenta dicha Secretariade Estado, están relacionados con la conducta y la regulación sectorial y con los efectos si y los casos precedentes. Si se considera que la Autoridad de Competencia, cuenta con mayores recursos para adelantar la investigación, será ella la encargada de adelantar la investigación.

---

<sup>1963</sup> 2004 No. 1077 COMPETITION The Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004. Disponible en: [http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2004/1077/pdfs/ukxi\\_20041077\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2004/1077/pdfs/ukxi_20041077_en.pdf) [en línea]. (Consultado 27/03/2014).

<sup>1964</sup> OFFICE OF FAIR TRADING. *Concurrent application to...* Op. cit. Pp. 10 y ss.

<sup>1965</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. *Autoridades de Defensa...* Op. cit. Pp. 156.

<sup>1966</sup> Determination of the exercise of prescribing functions 4; Dispute 5 y Transfer 7. 2004 No. 1077 COMPETITION The Competition Act 1998 (Concurrency) Regulations 2004

Una vez se proceda a la asignación de la competencia, el procedimiento será tramitado por la autoridad correspondiente hasta su finalización.

De allí que la Resolución que se adopte sea o bien la de sancionar, o bien la aprobación de la conducta, supuesto este último que excluye la posibilidad de que otra Autoridad bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, pueda iniciar un nuevo procedimiento.

En los supuestos en los que la sanción se imponga por incumplimientos previstos en las legislaciones tanto de competencia como regulatorios, se habilita a que se inicien nuevos procedimientos<sup>1967</sup>.

#### **8.5.3.4. Examen de los Beneficios ha generado este modelo**

Los asuntos sometidos a análisis bajo el sistema de competencias concurrentes han sido pocos<sup>1968</sup>, por la aplicación preferente de la Regulación.

Lo que viene a precisar este modelo, es que en algunos segmentos específicos de los mercados, será necesario preservar la regulación, principalmente cuando se verifique la existencia de monopolios, o cuando la competencia no se encuentra lo suficientemente madura para sustraer por sí sola, los mecanismos de intervención, por lo que es fundamental la aplicación concurrente con las normas de competencia.

La finalidad, es que los reguladores utilicen con más frecuencia las leyes de competencia y paulatinamente iniciar el proceso de sustracción de la regulación como modelo óptimo, el cual reportaría una serie de beneficios para el desarrollo del mercado<sup>1969</sup> tales como:

- La presencia de la regulación sectorial introduce ciertas distorsiones imprevistas en el mercado que surgen debido a las nuevas restricciones o condiciones de la licencia que se impongan por el regulador;
- La existencia de una regulación sectorial obliga a las empresas a actuar de determinada manera puede reducir el margen de presiones de la competencia para trabajar en empresas de los mercados regulados.
- Una de las ventajas de la aplicación de la Ley de Competencia, deriva en la consiguiente ausencia de limitaciones específicas lo que permite a las empresas una mayor flexibilidad y proporciona incentivos para innovar en formas que pueden ser beneficiosos para los consumidores y que pueden mejorar la productividad del sector;

---

<sup>1967</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. *Autoridades de Defensa...* Op. cit. Pp. 157.

<sup>1968</sup> DTI. *CONCURRENT COMPETITION POWERS...* Op. cit. Pp. 17 y ss.

<sup>1969</sup> Ibid. Pp. 19 y ss.



- El Derecho de la competencia se erige en un obstáculo mayor para la intervención simple, que por tanto, puede ayudar a evitar la intervención regulatoria indebida en un mercado cuando sea ampliamente competitivo;
- Principios de la ley de la Competencia proporcionan un marco que puede y debe ser utilizado por las empresas para orientar su cumplimiento y proporciona a las empresas incentivos para que no actúen de forma anticompetitiva, incluso en ausencia de normas *ex ante* claramente definidos.

Sin embargo, la regulación y sus poderes, siguen siendo incorporados atendiendo a las particularidades propias de cada sector y la necesidad de contar con una estructura que garantice una competencia efectiva. Porque sucede que la generalidad de las reglas de la competencia y la jurisprudencia que la desarrolla, no pueden dar solución a todos los casos y por consiguiente corregir las conductas; de allí que sea necesario la imposición de nuevas medidas, las cuales se implantarán en períodos más cortos, con el fin de dar una solución lo más conveniente, y si es posible lo más oportuna, al problema que se presenta en el mercado, a diferencia de lo que sucede con los plazos previstos en la Ley de Competencia, los cuales generan incertidumbre para las empresas y para los competidores, con lo que la decisión que se adopte puede tener un impacto mayor en el mercado, que será inevitablemente negativa.

A pesar de las ventajas respecto a la preservación de la regulación *ex ante*, se va procediendo a la retirada gradual de este tipo de intervención mediante este sistema de facultades concurrentes, garantizándose siempre la seguridad de que la sustracción de dichas medidas no afectara el mercado.

La adopción de las reglas de competencia, traerá un marco más acorde en todos los sectores y derivará en la creación de una jurisprudencia uniforme para el mercado, ya que se aclarará el alcance y efecto de la Ley General para la regulación sectorial, sumado a que las decisiones y precedentes establecidos en la Legislación General sobre la Competencia, pueden ser relevantes para todos los mercados, incluso aunque fueran distintos del afectado en el caso concreto.

La particularidad del modelo Anglosajón, es que ha valorado estos aspectos y ha desarrollado una política gradual de retirada de la regulación sectorial, basada en acuerdos y en análisis permanentes de los mercados, que han llevado a la determinación del mantenimiento de la regulación sólo cuando esta sea indispensable. La reducción de las cargas regulatorias en los mercados, cuando se ha comprobado tras un largo seguimiento de la efectividad de las medidas y del alto grado de competitividad, ha sido un hecho (destaca la retirada de las medidas por parte del Regulador de Electricidad y Gas OFGEM, cuando en el año 2003 consideró que el mercado de suministro era lo suficientemente competitivo y que por consiguiente las medidas impuestas en su momento para la consecución de este objetivo deberían ser retiradas. De igual forma, se destaca las medidas que adoptó OFCOM, cuando redujo de manera significativa las medidas que había impuesto en los mercados de acceso a la telefonía móvil y a la itinerancia internacional, entre otras).

#### **8.5.3.5. *Cómo podría implantarse el Modelo Anglosajon en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.***

Si se trasladara el modelo al seno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sería necesaria una reforma tanto de la Ley de Competencia (Ley 15 de 2007) para el reconocimiento de dicha atribución a la Sala de Supervisión Regulatoria y de la misma ley de Creación de la CNMC, con el fin que en los asuntos en los que pueden concurrir tanto las competencias tanto regulatorias como antitrust, pueden ser asumidas en un principio por la Dirección que tenga los mejores conocimientos para la resolución del caso; lo cual habilitaría a la Dirección correspondiente la utilización de ambos poderes , esto es el propio del sector regulado y los poderes generales del Derecho de la Competencia.

Sería conveniente tal como se llevo a cabo en su momento en el sistema Anglosajón<sup>1970</sup>, que en el seno de la Comisión y atendiendo a los precedentes de las Comisiones extintas, analizar su línea decisoria con el fin de determinar cuáles fueron las diferencias que se dieron en su momento, así como la jurisprudencia existente sobre esta controversias, con el fin de determinar qué tipo de medidas deben incorporarse para garantizar las mejores prácticas de la regulación sectorial en conjunto, no limitándola a la facultad supervisora que recoge la Ley y el Derecho de la Competencia, con el fin de determinar el enfoque a seguir en determinados asuntos y de esta manera establecer en qué supuestos puede darse un sistema de competencias concurrentes atribuidos a cada Sala.

A tal efecto, sería necesaria la creación de un grupo o Subdirección integrada por representantes de las cuatro direcciones, que asumiría las competencias que le han sido encomendadas al Grupo de Trabajo de Concurrencia Anglosajón (CWP). Dicho grupo, pertenecería a la Secretaría del Consejo, que es la dependencia encargada de coordinar y asignar los asuntos entre las diferentes Direcciones. Debe tenerse de presente que en los supuestos en los que no se pueda llegar a un acuerdo sobre quien asume la investigación, el asunto debería ser conocido por parte del Pleno del Consejo, con el fin de que éste determine la competencia.

La decisión que se adopte debe sustentarse en cuatro aspectos a saber:

1. El conocimiento sectorial que tenga por parte de cada Dirección.
2. Si el asunto afecta a más de un sector regulado
3. Si han existido un precedente entre las Direcciones sobre asuntos de igual o similar naturaleza
4. La verificación de cualquier contacto previo entre las partes o los denunciantes con una de las direcciones.

Su finalidad sería la de verificar si existen competencias concurrentes, así como los diferentes enfoques que, para dar solución a un caso concreto, pueden interferir en el mercado. De ahí

---

<sup>1970</sup> DTI. *CONCURRENT COMPETITION POWERS*...Op. cit. Pp. 30 y ss.

que se prefiera escoger una Dirección en concreto, buscando un correcto equilibrio entre los poderes sectoriales y el derecho de la Competencia.

Dicha Subdirección crearía una guía y un reglamento aplicable para dirimir las atribuciones entre las Salas, el tipo de procedimiento a seguir, cuando la investigación se inicia mediante solicitud de parte o de oficio, y qué previsiones se tiene que tener cuando el procedimiento se inicia bajo los parámetros de la Ley de Competencia y algunos aspectos no fueron analizados previamente por la Sala de Supervisión Regulatoria.

#### 8.5.4. Voto de Calidad

El otro mecanismo que se ha previsto, es que los asuntos que conduzcan a posturas divergentes entre la Sala de Competencia y la Sala de Supervisión Regulatoria, serán objeto de conocimiento del Pleno del Consejo. El inconveniente viene dado en el caso que dichas desavenencias se mantengan, lo cual habilitará al Presidente de la Comisión a que emita su voto de Calidad, implicando que al ser el mismo el que preside la Sala de Competencia, se opte normalmente por la postura incorporada en el informe de la Sala de Competencia<sup>1971</sup>.

De allí como habíamos indicado previamente en el análisis sobre este tipo de informes, la conveniencia de que ambas Salas fueran presididas por dos Vicepresidentes, lo cual garantizaría efectivamente la calidad del Voto del Presidente.

Otro aspecto que se cuestionaría, atendiendo al sistema de rotación de los Consejeros en ambas Salas, es que es muy factible que queden vinculados por las decisiones que han adoptado en virtud del conocimiento de los asuntos que fueron objeto de su conocimiento previamente. Por tanto, es posible que no exista un cambio de postura respecto de los procedimientos que se analicen, ya que es una vinculación a sus propias Decisiones que deriva, en definitiva, un beneficio para la Comisión, pues continuará en la misma línea argumentativa; pero puede ser un detrimento significativo para el mercado, atendiendo a que no existirá la adecuación del Regulador o de la Autoridad de competencia respecto de sus decisiones, lo cual garantiza la confianza inversionista<sup>1972</sup>.

---

<sup>1971</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “*El estrechamiento...*” Op.cit. Pp. 233. Tal como lo indican estos autores y posición que compartimos no puede garantizarse la seguridad jurídica en presencia de decisiones o medias que tienen un carácter divergente o con escasa concordancia demuestra, la escasa coordinación existente entre ambas normativas y el fallo existente entre ambas, de allí que sea indispensable la creación de mecanismos que permitan aplicar las normas bajo criterios iguales a un mismo comportamiento.

<sup>1972</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados...* Op.cit. Pp. 263. Quien alude que el sistema de rotación puede generar algún tipo de ventajas. Sobre el particular precisa *No obstante, la prevista rotación de los Consejeros entre las dos salas quizás rompa un alineamiento rígido de los Consejeros en función de la Sala a la que son asignados, desembocando en alineamientos más dinámicos y menos previsibles. En cualquier caso, parece claro que las normas de asignación de los Consejeros a las Salas, pendientes de definición en el Estatuto Orgánico, resultan relevantes en cuanto puedan configurar o*

Pero tal vez uno de los aspectos en los que se debe hacer más hincapié, es que los inconvenientes a los que hemos hecho alusión se resolverán en el Pleno del Consejo, pero el problema radica fundamentalmente en el reparto de los asuntos entre las distintas Direcciones de la Comisión<sup>1973</sup>. Recordemos que los procedimientos que examina la Comisión, pueden iniciarse por solicitud de parte (denuncias o requerimientos que se hagan por parte de los privados) o de oficio por cada una de las Direcciones; en este último como indica MONTERO PASCUAL<sup>1974</sup>, la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sio un amplio margen de independencia entre las Direcciones y el Consejo, en todo lo que corresponde a la instrucción de procedimientos, y ni el Estatuto Orgánico ni el Reglamento de Régimen Interior, se prevén, cuál sería los mecanismos para evitar este tipo de inconvenientes, y por consiguiente no sería conveniente que las Salas del Consejo dirimieran esos conflictos de competencia, cuando en una etapa posterior serán los encargados de imponer obligaciones, condiciones o sancionar conductas.

---

*desconfigurar mayorías, por lo que deben ser definidas de forma previsible a fin de generar seguridad jurídica.*

<sup>1973</sup> *Ibíd.* Pp. 264.

<sup>1974</sup> *Ibíd.* Pp. 264. Convendría que en los casos de las denuncias de los operadores, sin que medie calificación, se determine por parte del Consejo de la Comisión cuales serían los mecanismos y criterios bajo los cuales se debe realizar el reparto competencial a efectos de que no se puedan presentar nuevas denuncias por los mismos hechos.

<b>FORMA EN LA QUE SE INICIAN LOS PROCEDIMIENTOS EN LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA</b>	
<b>DENUNCIAS O REQUERIMIENTOS REALIZADAS POR LOS PRIVADOS</b>	<b>INICIACIÓN DE OFICIO POR UNA DE LAS CUATRO DIRECCIONES</b>
<p>Se parte de que son los privados los que invocan en sus denuncias o requerimientos la base legal que da lugar a la intervención de la CNMC sea la que corresponde a la legislación sectorial o de competencia.</p> <p>La asignación de los asuntos será realizada por parte del Secretario de la CNMC.</p> <p>Pueden existir supuestos en los que los privados precisen unos determinados hechos, pero no califiquen el régimen legal aplicable, de allí que conforme a una evaluación que se realice se determinar a cuál de las direcciones corresponde.</p> <p>El inconveniente viene dado es que al no existir una calificación por parte del privado esto no impide que los privados puedan presentar otra denuncia ante la propia CNMC, con el fin de que otra sala analice la conducta, basada en los mismos hechos.</p>	<p>La problemática que puede generarse es que si bien una de las Direcciones puede iniciar el procedimiento en el sentido de que esta considera que tiene la competencia para llevarlo, otra dirección puede aducir dicha dirección no tiene dicha competencia o que dicha dirección cuenta con mejores elementos para adelantar la investigación.</p> <p>Otro aspecto a destacar, es que posibles casos de abuso, las direcciones, en la propuesta de resolución al Consejo, omitan que existen indicios sobre un posible abuso a la dirección y Sala de Competencia para que este adelante los procedimientos necesarios y no solamente sancione sino ponga fin a la conducta e impongan las sanciones que haya lugar.</p> <p>Tampoco se precisa como será los procedimientos cuando se aduzca la existencia por parte de la dirección de instrucción del abuso, a pesar de la existencia de medidas estructurales que han tratado de prevenir el abuso.</p>

**Cuadro 94 – Fuente Montero Pascual - Creación Propia: Procedimientos en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.**

Si se atiende a que efectivamente tal como se ha indicado por parte de la Sentencias dictadas en los casos Deutsche Telekom y Telefónica, existe un carácter complementario entre la intervención *ex ante* y la intervención *ex post*, lo cual habilita a que la segunda pueda analizar si margen de maniobra con el que cuentan los operadores de las industrias de red y si tal margen transgrede o no la normativa de competencia y por consiguiente estará inmensa de una conducta anticoncurrencial, se concluirá que será la Sala de Competencia la que venga a determinar la validez de la actuación realizada por parte de la Supervisión Regulatoria. Pero en todo caso, tal como quedo concebida la Comisión, la validez de las medidas se determinará por parte de los jueces, quienes tendrán que resolver si, efectivamente, debe primar lo previsto en el Derecho de la Competencia previsto en el TFUE o en la normativa de carácter especial.

En determinados supuestos, los jueces, en virtud de lo previsto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueden aplicar de manera simultánea tanto la legislación en materia de

competencia nacional como europeas (teoría de la doble barrera)<sup>1975</sup>, teniendo de presente el carácter preferente del Derecho de la Unión, respecto de la normativa estatal<sup>1976</sup>.

Nadie desconoce en virtud de los fallos de Deutsche Telekom, Wanadoo y Telefónica, el carácter complementario de ambos tipos de intervención. Pero tampoco se puede evitar que se consoliden escenarios como los casos anteriormente descritos, en los que la necesidad de la regulación monitoree continuamente los mercados y sin embargo no se revisen tales regulaciones de acuerdo con los términos previstos en las Directivas, que indican períodos de 2 a 3 años, lo que redundaría en que existiera una competencia efectiva y de carácter sostenible<sup>1977</sup>.

Sin dudarlo, como afirma LAGUNA DE PAZ<sup>1978</sup>, *la regulación es una alternativa para la preservación del carácter competitivo de los mercados, que tiene particular transcendencia en los sectores liberalizados.*

Pero asimismo, no se puede negar que el proceso regulatorio implantado en cada país, viene definido en parte por la Comunidad Europea y corresponde a la Autoridad Reguladora utilizar la metodología propia del Derecho de la Competencia, tal como hemos visto resulta de las tres Sentencias citadas de los Tribunales de Justicia Europeos.

Resulta de ahí que el análisis de los mercados y de la competencia efectiva en estos y de la imposición de medidas<sup>1979</sup>, deben ser revisadas por parte de la Comisión Europea en función de

---

<sup>1975</sup> JELEZTCHEVA JELEZTCHEVA, MARÍA. *Las autoridades de defensa...* Op. cit. Pp. 263. Si bien la aplicación simultánea de ambas normativas, no impide que en ocasiones la interpretación que se realice respecto de algunos conceptos puedan generar mayores inconvenientes y en la respectiva competencia entre las autoridades nacionales y Europeas, a pesar de los intentos de reforzar el papel de la Autoridad de competencia nacional por parte de la Comisión,

Asimismo, el Reglamento N1/2003, determina la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales a aplicar simultáneamente el derecho comunitario y nacional de defensa de la competencia, pero la aplicación del derecho nacional de la competencia no puede resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones, asociaciones o prácticas concertadas que afectan el comercio intracomunitario, y, en méritos del art.3.2 del Reglamento N 1/2003:

- No restrinjan la competencia en el sentido del art. 81.1TCE,
- Que reúnan las condiciones del art. 81.3TCE,
- Estén cubiertos por un reglamento de exención (art. 3.2 del Reglamento N 1/2003).

Tal como afirma la JELEXTTCHEVA *Aunque existen estos principios, el problema de las relaciones entre los dos derechos de la competencia es difícil de resolver porque la noción de "afectación del comercio" entre los Estados miembros (art. 81TCE) es cada vez más difusa, es posible que empresas establecidas en un Estado miembro afecten por medio de sus acuerdos el comercio intracomunitario. Según la jurisprudencia dentro de la afectación del comercio intracomunitario se entiende asimismo modificar la estructura de competencia efectiva en el Mercado Común.*

<sup>1976</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. *"Abuso de posición..."* Op. cit. Pp. 173 y ss.

<sup>1977</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. *"El estrechamiento..."* Op.cit. Pp. 233

<sup>1978</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. *Regulación y Mercado, 3ª edición.* Pp. 565 y ss.

<sup>1979</sup> LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. *Autoridades de Defensa...* Op. cit. Pp. 154 y ss. *No hay, pues, nada que objetar a que – en la resolución que comentamos la CMT se apoye en razonamientos de las autoridades de defensa de la competencia, a efectos: de la determinación de cuándo un grupo de sociedades funciona como unidad económica, por carecer de autonomía de comportamiento; la delimitación del mercado relevante, geográfico y funcional; o la identificación de la posición de dominio en el mercado. Más*

la cooperación existente entre este tipo de instituciones, en aras de que se garantice que se logre el acceso y que las medidas son adecuadas y proporcionadas para dar solución al problema que se presenta en el mercado, atendiendo a los objetivos que se enmarcan dentro de la política regulatoria que es, efectivamente que no existan falseamientos a la competencia y se garantice la inversión<sup>1980</sup>.

Otras de las circunstancias que puede derivar en inconvenientes de hondo calado en el Seno de la Comisión, es la correspondiente aplicación del *non bis in ídem*<sup>1981</sup>, ya que el criterio determinante es que sobre una misma conducta puede concurrir de manera armónica la aplicación simultánea tanto de la normas regulatorias como las de defensa de la competencia.

El único mecanismo para solventar el inconveniente es que entre los remedios que pueden imponerse por ambas Salas sea una aplicación concurrente y que evite que conduzca a una doble sanción. Ciertamente es que la sanción que se impone por parte de la Sala de Supervisión Regulatoria tiene un objetivo y finalidades distintas a los criterios provenientes del Derecho de la Competencia. Pero lo que a juicio de muchos autores, implicaría una delgada línea difícil de determinar, es qué finalidades se persigue y si los mecanismos aplicables son los mismos en un caso concreto<sup>1982</sup>, porque entonces sí que haría con fuerza su aparición el principio del *non bis in ídem*. De ahí como sugirió en su momento VELASCO SAN PEDRO<sup>1983</sup> que sea necesario que exista una *clarificación legal del alcance del principio non bis in ídem, evitando la reiteración de procedimientos y sanciones por los mismos hechos, cuando el bien jurídico protegido sea exactamente el mismo*.

Sobre este aspecto nos enfrentamos a dos posturas a saber: La primera dada por parte del Tribunal Constitucional Español en Sentencia 234/1991<sup>1984</sup> y ratificada en otras más. Y la segunda constituida por la Jurisprudencia Comunitaria respecto de los asuntos de Deutsche Telekom y Telefónica, donde se habilita que actuaciones previamente analizadas por parte del Regulador pueda ser analizada posteriormente por parte de la Autoridad de Competencia.

---

*aún- como dice el Tribunal Supremo-, las autoridades sectoriales pueden hacer incluso una valoración general del eventual carácter anticompetitivo de determinadas actuaciones empresariales, pero sólo a efectos de aplicar los remedios previstos en la regulación sectorial. Lo que en ningún caso cabe es que declaren infracciones a las normas generales de la competencia.*

<sup>1980</sup> DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “*El estrechamiento...*” Op. cit. Pp. 234. Quienes vienen a destacar que la antigua CMT, desarrolló un plan de actuación conforme a los objetivos anteriormente descritos, de allí que desarrollara una serie de medidas orientadas a garantizar no solo el acceso a los servicios mayoristas, sino de esta manera fomentar la inversión e infraestructuras. La fijación de precios del producto en los mercados mayorista con el fin de asegurar el acceso a la red, con el fin de evitar conductas anticompetitivas como el estrechamiento de márgenes y los estudios en materia de costes tomando como referente los estándares adoptados por los reguladores europeos en esta materia.

<sup>1981</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “*La regulación económica como...*” Op. cit. Pp. 737.

<sup>1982</sup> *Ibíd.* 738.

<sup>1983</sup> *Ibíd.* 740.

<sup>1984</sup> STC 234/1991, de 10 de diciembre de 1991 La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Álvaro Rodríguez Bereijo, y don José Gabaldón López.

En lo que respecta a la Jurisprudencia Constitucional se viene afirmar que una doble sanción será constitucional, cuando se pueda justificar que la legislación aplicable en la segunda sanción protege un bien jurídico diferente de la primera sanción<sup>1985</sup>. Lo que implicaría en definitiva que cuando los asuntos versen sobre el mismo bien jurídico en este caso la defensa de la competencia, la imposición de dos sanciones queda excluida<sup>1986</sup>.

Si nos acercamos a la postura a la Jurisprudencia Comunitaria, en la que la que se determina el carácter complementario de la regulación sectorial y del derecho de la competencia y a la composición con la que cuenta la Comisión entre sus dos Salas, nada impide que la atribución de fijación de precios y otros criterios relacionados con el acceso la resolución de los conflictos presentados respecto al mismo, sean resueltos inicialmente por la Sala de Supervisión Regulatoria con todos los instrumentos y mecanismos de la regulación *ex ante*, pero en el ámbito de que se presenten las denuncias por estrechamiento de márgenes, a su vez, habilitaría a la Sala de Competencia, no solo para conocer de la denuncia sino venir a cuestionar los análisis realizados por parte de la otra Sala, atendiendo a que su intervención responde a dos bases legales diferentes y que por consiguiente no van en contra vía del principio del *non bis in idem*.

En cierta medida como indica MONTERO PASCUAL<sup>1987</sup> un mecanismo para garantizar el correcto funcionamiento de las Salas, *resultaría perfectamente posible, e incluso sería prueba de adecuado funcionamiento de la instrucción, que la Sala de Competencia constatare ex post la existencia de pinzamientos de precios sobre la base de precios mayoristas regulados por la Sala de Supervisión Regulatoria*.

Si bien, estos serían los efectos de una actuación conjunta o sucedánea por parte de ambas Salas, no podemos dejar de lado que estamos en presencia de una Comisión con dos Salas que forman parte de un mismo Consejo, el cual a su vez será el encargado de dirimir las controversias y las divergencias de criterios en aras de conseguir la seguridad jurídica, la denominada red de seguridad, sin olvidar que sus decisiones pueden ser recurridas ante un juez, el cual tendrá que determinar cuál de los dos criterios debe primar en un caso concreto, aumentando aun más la incertidumbre en el mercado.

Los inconvenientes aumentan cuando las decisiones adoptadas en el ámbito nacional sean contrarias a las decisiones o directrices previstas en sede Comunitaria. La fusión en una sola entidad tampoco garantiza pues, que efectivamente las decisiones estén alineadas con la Comisión Europea<sup>1988</sup>, lo que no solo implicaría futuras multas a las empresas por abusos de posición de dominio o conductas contrarias a los artículos 101 y 102 del Tratado, sino inclusive demandas al Reino de España por la indebida aplicación de Tratado.

---

<sup>1985</sup> “...que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado”.

<sup>1986</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “La regulación económica como... Op. cit. Pp. 738-739.

<sup>1987</sup> MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados...* Op.cit. Pp. 265

<sup>1988</sup> *Ibíd.* Pp. 265.



Para evitar este tipo de conflictos, sería conveniente que a su vez el análisis verse sobre la normativa vigente en materia de Competencia en la Unión Europea<sup>1989</sup>, lo que implicaría que sea el mismo Consejo de la Comisión el que solicite, con el fin de tener un criterio de uniformidad respecto a la aplicación de la normativa, una consulta o informe preceptivo por parte de la Comisión de la posible resolución a ser adoptada. Ello evitaría que las situaciones anteriormente de descritas como futuros incumplimientos, no puedan ser cuestionadas luego en sede Comunitaria ya que la Comisión ya se encontraría vinculada<sup>1990</sup> por el informe emitido respecto al proyecto del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

De esta manera efectivamente se podría garantizar la seguridad jurídica que los operadores sometidos a regulación buscan afanosamente cuando hay muchos intereses en juego<sup>1991</sup>.

Es factible como en un momento enuncio BROKELMANN<sup>1992</sup>, que las conductas sean analizadas con el fin de determinar la si existe compatibilidad respecto a ambas normativas. En el supuesto de que efectivamente se compruebe que puede ser objeto de análisis y sanción por parte de las dos Salas en atención a los objetivos concurrentes unificados en torno al Derecho de la Competencia *se tendrá la certeza de que no distorsiona la competencia en el mercado en cuestión y podrá declararse compatible con el ordenamiento jurídico*<sup>1993</sup>, lo que nos permitiría

---

<sup>1989</sup> BROKELMANN, HELMUT. *La nueva CNMC y la seguridad jurídica*. Tribuna. Cinco Días. Disponible en: [http://cincodias.com/cincodias/2013/11/28/empresas/1385653743\\_076395.html](http://cincodias.com/cincodias/2013/11/28/empresas/1385653743_076395.html) [en línea] (Consultado 1/03/2014).

<sup>1990</sup> SORIANO GARCÍA, JOSE EUGENIO. “*Non venire contra factum proprium (un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del derecho)*”. En *VVAA: Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Juan Alfonso Santamaría Pasto. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010. Pp. 429- 550. La incorporación de otro mecanismo de revisión de la propuesta en casos de controversia evitaría como sucedió en los casos objeto de análisis que indirectamente se estuviera cuestionando la labor del regulador, en el entendido de que este acuciosamente a incorporado las medidas tendentes a garantizar la competencia, de allí que no sería conveniente la imposición de futuras sanciones.

<sup>1991</sup> De no establecerse adecuados mecanismos, más allá de los simples informes entre las salas estaríamos en presencia de escenarios de inseguridad jurídica que afectarían al mercado y a las inversiones, por la insuficiente delimitación entre la intervención ex ante y la post. Tal como lo afirmo en su momento SANCHEZ GRAELLS, ALBERTO. “*Un regulador atrapado por sus propios actos*”. Disponible en: <http://www.caffereggio.net/2007/09/07/un-regulador-atrapado-sus-propios-actos-albert-sanchez/>. [En línea] (consultado 20/03/2014). *Los límites entre la intervención ex ante y ex post de estos mercados no están claros y pueden resultar en indeseables situaciones de inseguridad jurídica para las empresas, como la que se identifica en el caso de Telefónica. Sin duda, éste es uno de los aspectos en que todos los sistemas de defensa de la competencia (no sólo el comunitario) deben mejorar, pero la vía judicial no ofrece los mecanismos necesarios para esta reforma del sistema –que debe pasar por una revisión de mayor calado de normativa y procedimientos aplicables–*

<sup>1992</sup> BROKELMANN, HELMUT. *La nueva CNMC y la seguridad jurídica*. Tribuna. Cinco Días. Disponible en: [http://cincodias.com/cincodias/2013/11/28/empresas/1385653743\\_076395.html](http://cincodias.com/cincodias/2013/11/28/empresas/1385653743_076395.html) [en línea] (Consultado 1/03/2014).

<sup>1993</sup> *Ibíd.* *La práctica anterior a la creación de la CNMC ha demostrado que puede haber prácticas bendecidas por las autoridades de regulación que, no obstante, constituyen un abuso de posición de dominio contrario a las normas de la competencia. Esa es precisamente la función del Derecho de la competencia en sectores regulados: actuar como red de seguridad ante fallos regulatorios. Las condenas por abuso de posición de dominio pronunciadas por la Comisión Europea en los últimos años respecto de prácticas aceptadas por organismos reguladores en asuntos como Deutsche Telekom, France Telecom o Telefónica ponen de manifiesto que el Derecho de la competencia tiene un importante papel que desempeñar en estos*

determinar si se está en presencia de los criterios previstos por parte Jurisprudencia Constitucional<sup>1994</sup>.

A pesar de las posibles soluciones a las que hemos referenciado para el correcto funcionamiento de las Salas de la Comisión CNMC hay que indicar que el modelo adoptado, no garantiza la seguridad jurídica ni la confianza legítima, tal como se pretende afirmar es la Exposición de Motivos en su Ley de Creación.

La separación existente antes de la reforma garantiza que el papel fundamental de la red de seguridad del Derecho de la Competencia, en el entendido de que la existencia de dos autoridades una encargada de la regulación y otra en materia de competencia, permitía la preservación de la misma.

No parece preciso, que una misma Autoridad autorice previamente determinadas conductas<sup>1995</sup> para posteriormente desligarse de sus propios pronunciamientos, cuando entienda que se ha cometido una infracción al derecho de la Competencia.

La interpretación errónea del fallo Telefónica, suponiendo que se cuestionó la labor del Regulador y que por consiguiente era preferible contar con una sola Autoridad que en sí misma encerrara una dualidad de criterios provenientes de dos culturas jurídicas distintas *ex ante* y *ex post*, así como el afán de capturar al regulador por parte del Gobierno, pueden derivar en altos costos al mercado

El mercado, o mejor aún, los mercados, como una unidades económicas compuesta por diferentes sectores, exigen su atención pormenorizada y distinta, su examen como productos y ámbitos diferenciados, con Autoridades especializadas en cada uno de ellos.

Al existir una sola Autoridad, que concentra la efectiva vigilancia de las condiciones de Regulación y Competencia, tales mercados pueden verse menoscabados en su mantenimiento y crecimiento.

Por todo ello, entendemos que la separación en vez de la integración, es claramente el mecanismo más óptimo para la conservación de dicha unidad<sup>1996</sup>, mejora y ampliación de los

---

*sectores y sólo la aplicación cumulativa de regulación y normas de la competencia puede garantizar esta función y, en definitiva, conferir seguridad jurídica a los operadores.*

<sup>1994</sup> VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. “La regulación económica como... Op. cit. Pp. 738 *La anterior objeción se ha tratado de salvar con el argumento de que aquí se estará produciendo una vulneración simultánea de ambas normativas, por lo que sería procedente aplicar conjuntamente las sanciones previstas en las dos. De nuevo, no discuto la procedencia de que en ciertos casos sea admisible la doble sanción. Concretamente en aquellos en el que el regulador esté aplicando normas cuyo objetivo es autónomo y desligado de la defensa de la competencia. Acontece, sin embargo, que no en pocas ocasiones la norma regulatoria se considera vulnerada es una norma cuya función es precisamente la promoción o el fomento de la competencia. En este contexto, me parece que materialmente se están aplicando en el fondo las mismas reglas, aunque formalmente se encuentren ubicadas en cuerpos normativos diferentes, por lo que no se debería volver a reexaminar la cuestión por las autoridades de la competencia, y muchos menos sancionar doblemente la conducta <<anticompetitiva>>.*

<sup>1995</sup> BROKELMANN, HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “El estrechamiento de márgenes... Op. cit. Pp. 234.

mercados y sobre todo de los usuarios, clientes y consumidores, destinatarios finales tanto de la Regulación como del Derecho de la Competencia.

---

<sup>1996</sup> Ibíd. Pp. 234.

# Conclusiones

---

Las Conclusiones de conformidad con la normativa reguladora de las Tesis Doctorales han de acomodarse a los Objetivos propuestos, que figuran en la Introducción de la Tesis Doctoral.

Nos satisface decir que la Tesis da respuesta a todos y cada uno de ellos como a continuación exponemos

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC en adelante), configura un modelo híbrido de Autoridad al situarse a medio camino entre lo que es una Autoridad Reguladora y una Autoridad No Reguladora.
2. Corresponde el modelo de Autoridad Reguladora a la que rige para los sectores de economías de red. Y corresponde a una Autoridad No Reguladora la que constituye horizontalmente en aplicación del Derecho de la Competencia.
3. Ese modelo mixto se realiza por pura agregación, siendo una mera acumulación de datos procedentes de las anteriores Agencias que incorpora, tanto en Regulación como en Competencia, amén de alguna que no había llegado a crearse.
4. Es un modelo único no comparable con los demás que ofrece el Derecho Comparado; así en Alemania, queda completamente separado de la Agencia Reguladora de red (Bundesnetzagentur) el Órgano Federal de Competencia (Bundeskartellamt) no confundiendo ni ofuscándose el panorama, al situar en distintos planos las relaciones verticales de regulación y las horizontales de competencia. En Holanda, el modelo no está acabado y no se disponen por tanto todavía de datos, por lo que habrá que esperar a que culmine su proceso de creación para que efectivamente pueda compararse, siendo completamente oficioso pretender que un modelo inacabado pueda servir de referencia alguna: Finalmente en Gran Bretaña, lo que se han unido son las Autoridades de Competencia (ACM) donde se reunifican la Office of Fair Trading y la Competition Commission, y por tanto se mantiene la separación y distancia con los órganos de regulación. Sí ha habido fusión de OFTEL con Agencias homólogas de Televisión y Radio, lo que implica que al igual que en Alemania, el régimen es de separación entre Regulación y Competencia..
5. Llama además la atención que en todo caso estas modificaciones se han realizado a lo largo de varios años con estudios y análisis pormenorizados, mientras que en la creación de la CNMC, se ha practicado una drástica intervención realizada con una celeridad impropia de una reforma de este calibre

6. El vaivén normativo que provoca este cambio, sin justificar sino formalmente, daña la estabilidad de las Instituciones. Y puede provocar otro cambio en sentido contrario con consecuencias imprevisibles.
7. Es necesario en este trabajo examinar detalladamente todos y cada uno de las denominadas Agencias Independientes, única fórmula posible para poder realizar luego una comparación con la CNMC que permita realizar una crítica consistente al modelo propuesto.
8. El origen de la reforma se encuentra en dos informes realizados uno por la propia Administración y otro por una consultora privada teniendo como cliente a una operadora dominante. No parece forma adecuada de realizar una modificación legislativa este tipo de fuentes de inspiración, especialmente esta última que se ha seguido en gran medida en el desarrollo legislativo.
9. Asimismo existe crítica política en cuanto puede suponer una actitud de réplica a los nombramientos realizados, apresuradamente, en el último momento político del Gobierno anterior, lo que exige reflexionar sobre la calidad de la legislación, sus finalidades y la forma para preservar las Instituciones.
10. La fusión de Organismos llegó a alarmar seriamente a las Autoridades Comunitarias que enviaron severas cartas de advertencia obligando a mantener al menos la separación entre Salas como subóptimo frente a la más normalizada separación como existe en el resto de los países.
11. Los objetivos de ahorro, eficiencia, calidad de la regulación, se entienden meramente teóricos. El ahorro contó con la inclusión de partidas que hacían referencia inclusive a Comisiones no creadas, con lo cual no podían computar. La eficiencia, queda puesta en entredicho por la mezcla indebida entre Regulación y Competencia y finalmente, la calidad depende de la neutralidad del órgano, lo que queda lejos de conseguirse habida cuenta tanto de la forma de nombramiento de Consejeros, como de su rotación entre Salas, como de la dependencia técnica de las Cuatro Direcciones de Investigación que son los auténticos protagonistas de la reforma. Con la advertencia de que sus propuestas pueden ser modificadas inevitablemente por razones política en las Salas y en el Consejo.
12. La autonomía no queda garantizada, dada la existencia de competencias devueltas a los Ministerios, que lejos de ser meramente ancilares, eran aspectos que servían para completar los procedimientos resolutorios. Asimismo, la aprobación del Estatuto Orgánico de la CNMC por parte del Gobierno, es otro dato negativo en el orden autoorganizativo. Igualmente la posibilidad de interponer recursos administrativos contra determinados actos, abunda en la misma línea de eclipse parcial de esta independencia.
13. El procedimiento interno está dominado por el procedimiento sancionador, apto para el Derecho de la Competencia pero en modo alguno como procedimiento fundamental en el ámbito regulatorio.

14. Los antecedentes de la CNMC indican que existía un solvente y sólido depósito de conocimientos, experiencia y personal preparado, que inevitablemente tiene sus propias líneas – fuerza, por lo que solamente órganos en la cúspide con igual preparación podrían aplicar correctamente las propuestas recibidas, lo que en modo alguno es el caso.
15. La seguridad jurídica, sufre enormemente al carecer de un modelo claro, conocido e inasequible a la captura del regulador, que aquí puede darse en múltiples ocasiones al haber aumentado los órganos de decisión interna en el nivel procedimental, siendo más sencillo la captura a estos efectos de dicho personal que de la cúpula.
16. La Regulación es una potestad nueva, que supone mixtura entre potestad reglamentaria, ejecutiva, sancionadora, normativa y cuasi judicial, que exigiría por sí misma diferentes órganos de aplicación, con solución definitiva en su caso de tales potestades en sus aspectos al menos formales por los Tribunales de Justicia. Existe asimetría entre el conocimiento de las Autoridades de Regulación y el Poder Judicial, lo que es un dato más para exigir una autonomía completa y no contaminada con el Derecho de la Competencia en todo lo que hace a la práctica regulatoria.
17. En Derecho comparado no existen bien definidas las relaciones entre Regulación y Competencia existiendo dos modelos antitéticos, el norteamericano y el europeo, dando preferencia el norteamericano al regulador sectorial y el europeo al órgano de competencia.
18. Ello se ha traducido ya en Sentencias de los Tribunales de Justicia Europeos (Tribunal de Primera Instancia, Tribunal de Justicia), que han generado confusión al imponer deberes a los operadores no previstos en las normas. Y en consecuencia, dentro de la CNMC se reproducirá esa tensión en los mismos términos sin que existan datos ni índices que permitan conocer quien tendrá la última palabra, menoscabando así el papel de los Tribunales de Justicia que eran los llamados a resolver tales cuestiones y no los órganos internos de la CNMC.
19. Finalmente, entendemos que este modelo tiene escasas posibilidades de prosperar tal como se ha concebido, siendo necesario una reforma en profundidad de la CNMC, aumentando su autonomía, estableciendo procedimientos de separación entre la visión horizontal del Derecho de la Competencia y la vertical de la Regulación.
20. Como conclusión general el modelo es precipitado, falto de estudio y análisis previo, carente de claridad en las relaciones entre Regulación y Competencia y generador de politización e inseguridad jurídica, por lo que es urgente comenzar a estudiar cómo sustentarlo o cambiarlo.

# Bibliografía

---

ACEMOGLU, DARON y ROBINSON, JAMES A. *Por que Fracasan los Países*. DEUSTO S.A. EDICIONES. 2012.

ALABAU, ANTONIO Y GUIJARRO, LUIS. *La política de las Comunicaciones electrónicas de la Unión Europea*. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia. 2011

*-La Unión Europea y su política para las comunicaciones electrónicas. Treinta años de perspectiva*. Fundación Vodafone España. Madrid. 2006.

ALFARO AGUILA-REAL, JESUS. “*Las autoridades de competencia nacionales ante los sectores regulados: la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia al sector de la energía. La coordinación entre los organismos reguladores*”. En VVAA: *Tratado de regulación del sector eléctrico*. Vol. 1. (Aspectos jurídicos). Fernando Becker Zuazua, Luis María Cazorla Prieto, Julián Martínez-Simancas Sánchez, José Manuel Sala Arquer 2009, ISBN 978-84-8355-896-6, págs. 457-478.

ALONSO GARCIA, RICARDO. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. 3ª Edición. Madrid 2012.

*-Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de funcionamiento de la Unión Europea. Estudio Preliminar de Ricardo Alonso García*. Primera Edición. Biblioteca de Legislación Serie menor. Thomson-Civitas. Madrid, 2008.

ALONSO LEDESMA, CARMEN. *Organismos reguladores: consideraciones generales* En VVAA: *Cuadernos de derecho para ingenieros. (Organismos reguladores)*. Directores. Miguel Ángel Agúndez y Julián Martínez-Simancas Sánchez. Coordinado por Carmen Alonso Ledesma. Vol. 1. LA LEY. Madrid. 2009. Pp. 15-20

*-La responsabilidad de los organismos reguladores*. En VVAA: *Cuadernos de derecho para ingenieros. (Organismos reguladores)*. Directores. Miguel Ángel Agúndez y Julián Martínez-Simancas Sánchez. Coordinado por Carmen Alonso Ledesma. Vol. 1. LA LEY. Madrid. 2009. Pp. 153-172

ALONSO SOTO, RICARDO JOSÉ. “*11. Los organismos reguladores y la defensa de la competencia: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones v. Autoridades de Defensa de la Competencia*.” En VVAA: *Regulación y competencia en telecomunicaciones*. José María Beneyto Pérez Director. Jerónimo Maillo González-Orús coordinador. Instituto de estudios europeos, Universidad San Pablo-CEU : Telefónica : Dykinson. Madrid. 2003. Pp. 337-353

ARCE JOFRE, DIEGO. “Regulación en el sector de las telecomunicaciones”. En VVAA: *Las Técnicas de Regulación para la Competencia: Una Visión Horizontal de los Sectores Regulados*. Director Juan A. Santamaría Pastor. Coordinador Rafael Caballero Sánchez. Iustel, Madrid. 2011.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Economía y Estado. Crisis y reforma del Sector Público*. Marcial Pons. Madrid. 1993.

“Regulación Económica y Modelo de Administración. La Necesaria Reforma Institucional”. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo*. Madrid. Civitas. 1994. Pp. 49-71.

- “Introducción. Sobre la naturaleza de la tarifa y su posible revisión judicial”. En VVAA: *Precios y Tarifas en sectores regulados*. Gaspar Ariño Ortiz (ed).. Comares. Granada. 2001

- “Comentarios a los artículos 20 Publicidad de las actuaciones de los organismos, 21 Control parlamentario y 22 Impugnación de las decisiones de los Organismos Reguladores”. En VVAA: *Economía Sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*. Director Jesús Banegas Núñez. Civitas Thomson Reuters. Madrid. 2010.

- “Intervención del Estado en las operaciones corporativas: la Función 14.<sup>a</sup> de la CNE”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Eléctrico. Tomo I*. Directores Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel, Madrid. 2009. Pp. 159-200.

- ARIÑO, GASPAR, DE LA CUETARA, JUAN MIGUEL y NORIGUA, RAQUEL. *Nuevo papel del Estado en sectores regulados: las telecomunicaciones de banda ancha*. Ediciones Deusto. 2005.

ARROYO MARTINEZ, Ignacio. *Ley de Economía Sostenible y Ley Orgánica complementaria*. Editorial Tecno (Grupo Anaya). Madrid. 2011.

AVEZUELA CÁRCEL, JESUS. “Las Agencias Europea”. En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. Director José Eugenio Soriano García, (Coordinadores) Amós Lorenzana Tenorio y Sandra Milena Ortiz Laverde. Civitas Thomson Reuters. Navarra. 2012. Pp 601-627.

-*Supervisión Presidencial y Potestad Normativa de las Agencias Reguladoras*. Thomson Reuters. Navarra. 2011.

ÁVILA, PALOMA. “El papel de la Comisión Nacional de la Competencia en la actividad de regulación de las administraciones públicas”. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011. Pp. 375-392.



AZURMENDI, Ana, DE LA IGLESIA CHAMARRO, Asunción, MUÑOZ SALDAÑA, Mercedes y SALVADOR ARMENDÁIZ, M. Amparo. *Estudio. El Consejo Audiovisual. Sus funciones y Competencias en el contexto europeo de regulación del sector audiovisual*. COAN. Publicaciones del Consejo Audiovisual de Navarra 5. 2008.

BACH I MONSERRAT, FLORENCI. “*La Función Reguladora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”. En VVAA: *Régimen de las telecomunicaciones*. José Fernando Merchán y María Pérez-Urgena Cornomina (Coordinadores). Tecnos. Madrid. 1998.

BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “*La Coordinación y delimitación de funciones entre las autoridades de defensa de la Competencia y el regulador sectorial energético*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Eléctrico. Tomo I*. Directores Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel, Madrid. 2009. Pp. 125-157.

- “*Reguladores Nacionales y Europeos en el Mercado Interior de la Electricidad. La futura agencia de cooperación de reguladores de la energía*”. En VVAA: *Derecho de la competencia y energía eléctrica*. Navarra: Civitas Aranzadi, 2009. Pp. 197-227.

BANEGAS NÚÑEZ, JESÚS. *Economía Sostenible. Comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible (LES)*. Civitas Thomson Reuters. Madrid. 2010.

GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. “*La Impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia*”. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011, Pp. 441- 457. En igual sentido, BAÑO LEON, JOSÉ MARÍA. “*La aplicación del derecho <<antitrust>> a la administración pública*”. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011. 61- 86.

BEL I QUERALT, GEMÀ y ESTRUCH MANJÓN, ALEJANDRO. “*Liberalización, privatización, desregulación*”. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013.

BELLO PAREDES, SANTIAGO B. *Comentarios a la Ley a la Ley de Economía Sostenible. La LEY*. Madrid. 2011.

BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*. Tecnos.<sup>1a</sup> reimpresión. Madrid, 1993.

-*Mejorar la Regulación. Una Guía de Razones y de medios*. Colección Economica y Empresa. Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons. Madrid, 2009.

-*Regulación: Mito y Derecho. Desmontado el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Civitas- Thomson-Reuters. Madrid. 2010.

BOEHN, FREDÉRIC. “Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos”. En VVAA: *Revista de Economía Institucional*, Vol. 7, n. ° 13, Segundo semestre/2005.

BREYER. STEPHEN y STEWART. RICHARD. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Little, Brown and Company. Boston and Toronto. 1985.

CABALLERO SANCHEZ, RAFAEL. “Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto”. En VVAA: *Las Técnicas de Regulación para la Competencia: Una Visión Horizontal de los Sectores Regulados*. Director Juan A. Santamaría Pastor. Coordinador Rafael Caballero Sánchez. Iustel, Madrid. 2011.

CALVO DIAZ, GLORIA. “El mercado de las telecomunicaciones: la experiencia de un proceso liberalizador”. En VVAA: *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Abogacía General del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid. 2009. Pp. 213-220

CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, MANUEL. “La regulación como finalidad distinta al derecho de competencia”. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011, Pp. 87-103.

CARLON RUIZ, MATILDE. “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008.

-“*La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones*”. En VVAA: *El Derecho Administrativo en el umbral del S. XXI*. Homenaje al Profesor Dr. D. Román Martín Mateo (coord.. Francisco Sosa Wagner). Tirant lo branch, Madrid, 1997.

CASES, LLUIS. “Regulación y Competencia. Límites y conexiones”. En VVAA: *I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación Económica..* Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. Pp. 425-462.

CHANCERELLE DE MACHETE, RUI. “Estatuto e regime das entidades reguladoras, em especial dos Bancos Centrais”. En VVAA: *La Regulación Económica en Especial, La*

*Regulación Bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo.* Director: Manuel Rebollo Puig. Iustel. Madrid. 2012. Pp. 83-104.

CHILLON MEDINA, JOSÉ MARIA y ESCOBAR ROCA, GUILLERMO. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.* Universidad Rey Juan Carlos y Editorial DYKINSON, S.L. Madrid. 2001.

COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volume 1. *Normas de conducta en las instituciones públicas: primer informe de la Comisión de Normas de Conducta en las Instituciones Públicas*; presidente, Lord Nolan. Traducción: Administración de la Comunidad Autónoma e Erakundea Instituto Vasco de Administración. Editorial [Oñati] : Instituto Vasco de Administración Pública, D.L. 1996.

COMISION PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. *Reforma de las Administraciones Públicas. Cora.* Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Disponible en: [http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma\\_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF](http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF) [En línea] (Consultado el 22/03/2014).

COSCULLUELA MONTANER, LUIS y LOPEZ BENITEZ, MARIANO. *Derecho Público Económico.* Segunda Edición. Iustel. Madrid. 2011.

DARNACUELLETA I GARDELLA, M. MERCÈ. “*La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones.* Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008.

-“*La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones.* Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. Pp. 631-667.

DE AZEVEDO MARQUES NIETO, FLORIANO. “*La Moderada Regulación: La Búsqueda de un Equilibrio entre lo Público y lo Privado*”. En VVAA: *Derecho Administrativo y Regulación. Liber Amicorum.* Coordinadores. Juan Miguel de la Cuétara Martínez; José Luis Martínez López-Muñoz y Francisco J. Villar Rojas. LA LEY grupo Wolters Kluwer. Madrid. 2011.

-“*El mercado interior de la Electricidad: Perspectiva Jurídica*”. En VVAA: *Regulación Sectorial y Competencia.* Civitas Ediciones. Madrid. 1999. Pp 25-65.

DE LA CUÉTARA MARTINEZ, JUAN MIGUEL. “*Uso y Abuso del Derecho Indicativo en la Regulación Económica*”. En VVAA: *Derecho Administrativo y Regulación. Liber Amicorum.* Coordinadores. Juan Miguel de la Cuétara Martínez; José Luis Martínez López-Muñoz y Francisco J. Villar Rojas. LA LEY grupo Wolters Kluwer. Madrid. 2011.

DESDENTADO DAROCA, EVA. La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Tirant lo Branch, 1997

DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA. “*Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008.

ESTACHE, ANTONIE y MARTIMORT DAVID: “*Transaction costs, politics, regulatory institutions, and regulatory outcomes*”. EDI Regulatory Reform Discussion Paper. Washington, D.C: World Bank, 1998.

ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La Regulación Económica como materia de Derecho Administrativo en Portugal y España*.”. En VVAA: *La Regulación Económica en Especial, La Regulación Bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*. Director: Manuel Rebollo Puig. Iustel. Madrid. 2012. Pp. 37-64.

-“*La regulación de industria y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias*.”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. Pp. 293-348.

-“*El encuadre de la regulación económica en la sistemática del Derecho Público*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. Pp. 387-405.

-“*Las prácticas de mercado como instrumento de regulación. Buenas Prácticas y Prácticas Aceptadas por el regulador*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008. Pp. 669-684.

-“*La regulación de la economía desde el Estado Garante*”. En VVAA: *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*. Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, núm 2. Pamplona, 2007. Pp. 79-126

EIDENMÜLLE, HORTS. “*Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*”. Eidenmüller (ed). Hart Publishing. 2013; Institutionall Arbitratio. Schütze. (ed).Hart Publishing.2012. International Commercial Arbitration. Conrad/ Münch/ Black – Branch. (eds) 2013.

FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. “*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”. En VVAA: *Aspectos Jurídicos de las telecomunicaciones*. Director. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo. Cuadernos de Derecho Judicial VI-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2003. Pp. 57-78.

FERNÁNDEZ GARCÍA, LIONEL D. “*Eficacia práctica de la regulación. Análisis jurídico de varios puntos clave*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*. Director Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, José Vida Fernández (Coordinador). Iustel, Madrid. 2009. Pp. 957-991.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MIGUEL A. “*Reflexión Preliminar*”. *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel Económica. Barcelona. 1999.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. “*Reflexiones sobre las llamadas AUTORIDADES INDEPENDIENTES*”. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental*. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Arévalo. Madrid. Civitas. 1994.

- “*La autonomía de los bancos centrales: un problema de rango constitucional*”. En VVAA: *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: Homenaje a Evelio Verdura y Tuells* / coord. por Antonio Polo Díez, Vol. 1, 1994. La Ley- Actualidad. Madrid. 1994. Pp.715-738.

- “*Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva*”. EN VVAA: Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasi. Civitas. Madrid. 1989. Pp. 399-436.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN y AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, JAIME. *Comentarios a la Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito*. Fundación Fondo para la Investigación económica y social, Obra social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros. Madrid. 1991.

FERNANDEZ ROZAS, JOSE CARLOS; ARENAS GARCÍA, RAFAEL y de MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO. “*Derecho de los negocios internacionales*”. Capítulo 9. Cuarta Edición. Madrid. 2013

FERNANDEZ TORRES, ISABEL. “*Regulación sectorial y derecho de la competencia: comprensión de márgenes en el mercado de telecomunicaciones (STJUE 14 de octubre 2010, Deutsche Telekom)*”. En VVAA: *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Vol. 2, 2012. Coordinado por Eduardo García de Enterría Martínez-Carande y Ricardo Alonso García. Civitas. Madrid. 2012. Pp.3177-3208.

FERNANDO PABLO, MARCOS M. “*El Legislador nacional no puede eliminar o limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridad Nacional de Regulación por el Derecho*

comunitario (*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre 2009, Comisión Europea c. República Federal de Alemania, asunto C-424/07*). En VVAA: *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial : liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Vol. 2, 2012. Coordinado por Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, Ricardo Alonso García. Civitas. Madrid. Pp. 3209-3222

-*El poder regulador en el mercado de las Telecomunicaciones*". En VVAA: *El Derecho Administrativo en el umbral del S. XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Román Martín Mateo* (coord.. Francisco Sosa Wagner). Tirant lo branch, Madrid, 2000. Pp. 2853-2894.

-*Derecho General de las Telecomunicaciones*. Colex, Madrid, 1998.

FLINDERS, MATTHEW y SMITH, MARTIN. "*Realising the Democratic Potential of Quangos*". En VVAA: *Quangos, Accountability and Reform: The Politics of QuasiGovernment*. Matthew Flinders and Martin Smith (eds.) 1999.

FUENTETAJA PASTOR, JESUS ANGEL y GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. *La regeneración de la Administración en Gran Bretaña*. Civitas. Madrid. 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMAS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Thompson-Civitas, Madrid, 13ª ed., 2006.

-*Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Thompson-Civitas, Madrid, 14ª ed., 2008.

GASH, TOM, MAGEE, SIR IAN, RUTTER, JILL and SMITH, NICOLE.. *READ BEFORE BURNING Arm's length government for a new administration*. Institute for Government. 2010.

GIDDENS, ANTHONY. *La Tercera Vía y Sus Críticos*. TAURUS, 2000.

GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. "*La Impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia*". En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011, Pp. 441- 457.

GONEC, RAUF, MAHER, MARIA y NICOLETTI GIUSEPPE. "*The implementation and the effects of regulatory reform: past experience and current issues*". ECO/WKP(2000)24. Economic department working paper, OECD Economic Studies No 32, 2001/I

GONZÁLEZ LÓPEZ, EDGAR. *Regulación básica de las telecomunicaciones*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte. (Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia)*. Comares, Granada, 2001.

GRADOLPH CADIerno, JUAN ENRIQUE. “*La liberalización sectorial: impacto económico y papel de los organismos reguladores*”. En VVAA: *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Abogacía General del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid. 2009. Pp. 39-52

GRETEL 2004. *El Nuevo marco Europeo de las Comunicaciones Electrónicas y su implantación en España. Cuaderno 1: Análisis de la nueva Regulación Europea de las Comunicaciones Electrónicas*. Colegio de Ingenieros de Telecomunicaciones. Madrid. 2004.

GUTIÉRREZ, LUIS H. “*Regulatory Governance in the Latin America telecommunications sector*”. Serie documentos. Borradores de investigación, Departamento de Economía, N° 26, julio de 2002. Universidad del Rosario.

HERNANDEZ, JUAN CARLOS. *Regulación y Competencia en el Sector Eléctrico. (Evolución, Regulación actual y Perspectivas de Futuro)*. The Global Lay Colecction Legal Studies Series. Thomson- Aranzadi. Navarra. 2005.

HERNANDEZ-MENDIBLE, VICTOR RAFAEL. “*La Regulación para la Consecución de Objetivos de Interés General en el Estado de Garantía de Prestaciones*”. En VVAA: *Derecho Administrativo y Regulación. Liber Amicorum*. Coordinadores. Juan Miguel de la Cuétara Martínez; José Luis Martínez López-Muñiz y Francisco J. Villar Rojas. LA LEY grupo Wolters Kluwer. Madrid. 2011.

HOLLAND y FALLON. *The Quango Explosion: public bodies and ministerial patronage*. Conservative Political center, 1978.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, FRANCISCO JAVIER. *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*. Instituto Nacional de Administración Pública. Alcala de Henares- Madrid. 1987.

JIMÉNEZ-LA IGLESIA OÑATE, JOSÉ MARÍA. “*Promoción de la Competencia*”. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011, Pp. 393-440.

KAHN. ALFRED E. *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*. MIT Press. 1.988.

LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Tercera edición, ampliada, reformada y actualizada. Arazandi- THOMSON REUTERS. Navarra. 2010.

-“*La Regulación del Mercado. Lecciones para Alumnos Díscolos*”. En VVAA: *Derecho Administrativo y Regulación. Liber Amicorum*. Coordinadores. Juan Miguel de la Cuétara Martínez; José Luis Martínez López-Muñiz y Francisco J. Villar Rojas. LA LEY grupo Wolters Kluwer. Madrid. 2011.

-*Servicios Económicos de Interés General*. Civitas, Madrid, 2009.

LASHERAS, MIGUEL ÁNGEL. *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel Economía. Barcelona. 1999.

LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, FRANCISCO DE BORJA. “*Agencias Administrativas Reguladoras*”. En VVAA: *Administración Pública y Economía: Balance del Papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de Liberalización*. Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública: Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública. España, 2001.

LOPEZ MIÑO, ANTONIO. “*El abuso de posición de dominio en los mercados de servicios de interés económico general. El caso de la compresión de márgenes ("Price Squeeze")*”. En VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas. 2011, Pp. 241-283.

LOPEZ RAMON, FERNANDO. “*El Consejo de Seguridad Nuclear: Un ejemplo de Administración Independiente*”. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas*. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Arévalo. Madrid. Civitas. 1994. Pp. 575-595.

MACHIN, H. “*L’expérience britannique*”. En: *Les autoités administratives indépendants*, COLLIARD, C.A., TIMISIT, G., Puf, París. 1988.

MADIGDE HERRERO, MARIANO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2000.

MALARET I GARCÍA, ELISENDA. *Administración pública y regulación económica*. En VVAA: *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*. Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, núm 2. Pamplona, 2007.

MARTI DEL MORAL, ANTONIO. “*Los nuevos organismos europeos reguladores en materia de comunicaciones electrónicas y energía*”. En VVAA: *La Regulación Económica en Especial, La Regulación Bancaria*. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Director: Manuel Rebollo Puig. Iustel. Madrid. 2012.



-*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2000.

MARTIN REBOLLO, LUIS. *Leyes Administrativas*. 15ª edición. Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra. 2009.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO. *Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia*. Aranzadi. Editorial. Elcano (Navarra). 2000.

MARTINEZ-GARCIA, CLARA. *La Intervención Administrativa en las Telecomunicaciones*. Estudios Jurídicos, N.S. n° 13. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. 2002. Madrid.

MEDINA ORTEGA, MANUEL. “Reglas Indicativas de Conducta”. En VVAA: Procedimiento Administrativo Europeo. Director José Eugenio Soriano García, (Coordinadores) Amós Lorenzana Tenorio y Sandra Milena Ortiz Laverde. Civitas Thomson Reuters. Navarra. 2012. Pp 433. 463.

MENÉNDEZ, PABLO. Voz “Administración independiente (Régimen jurídico)”. En VVAA: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas, 1995. Vol. I. Pp. 292-300.

MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEBVRE. *Colección Sectores Regulados*. I. Energía. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid. 2012.

-*Colección Sectores Regulados*. III. Telecomunicaciones. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid. 2012.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA. *La Liberalización del Sector Postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*. Ministerio de Fomento. Thomson Aranzadi. Navarra. 2004.

MERINO MERCHAN, JOSÉ FERNANDO y PÉREZ UGENA COROMINA. “Función Arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. En VVAA: *Régimen de las telecomunicaciones*. José Fernando Merino Merchán y María Pérez-Urgena Cornomina (Coordinadores). Tecnos. Madrid. 1998.

MILLAN PEREIRA, JUAN LUIS. “Regulación económica, competencia e incentivos”. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013.

MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995.

MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*. Tirant monografías 895. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

-“Regulación económica y Derecho de la competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general”. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013.

-*La Liberalización de los Servicios Postales*. Fundación Alfonso Martín Escudero. Editorial Trotta. 2005.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. 3ª edición. CRITICA S.L. Barcelona. 2012.

-*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*. 1ª ed. Thomson Civitas. Madrid. 2004.

-“1. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación Económica”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008.

-*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público I. La Formación de las Instituciones Públicas y su Sometimiento al Derecho*. Segunda Edición. Iustel. Madrid. 2006.

-“Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético. Tomo I*. Director Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel, Madrid. 2009.

- *Servicio público y mercado. Vol. I Fundamentos*. Civitas, Madrid, 1997.

-*Servicio público y Mercado. Las Telecomunicaciones. Vol II*. Civitas. Madrid. 1997.

-*La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la administración*. En VVAA: *Estudios sobre la Constitución española : Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Coord. por Sebastián Martín-Retortillo Baquer, Vol. 3, 1991 (*La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas*). Pp. 2741-2780.

-*La reserva de jurisdicción*. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Madrid. 1989.

MUSGRAVE, R.A. *The theory of public finance*. Mc-Graw Hill. New York (NY). 1959.

OCDE. *Promoting competition in telecommunications markets: competitive safeguards and interconnection policy*. Mimeo. 1995

OCDE: *Relationship between regulators and competition authorities*. 24 de junio de 1999. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/sectors/1920556.pdf> [En línea]. (Consultado 1/03/2014).

ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS (DIR.); COORD. JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA. *Derecho Comunitario Europeo*. Editorial Lex Nova ,S.A. Valladolid. 2007.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. Decimotercera Edición. Edit. Marcial Pons. Barcelona. 1999. Pp. 316 -319

PARADA, RAMÓN. *Derecho Administrativo I. Introducción. Organización administrativa. Empleo Público*. 23ª edición, Revisada y reestructurada. Madrid. Open Ediciones Universitaria. 2013.

- *Derecho Administrativo II- Organización y empleo público*. Decimonovena edición. Marcial Pons. Madrid. 2007.

PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “*Las Administraciones Independientes*”. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero*. Arévalo. Madrid. Civitas. 1994. Pp 653-689.

-Voz “*Administración independiente (Introducción)*”. En VVAA: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas, 1995. Vol. I. Pp. 284-292.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno*. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero*. Arévalo. Madrid. Civitas. 1994. Pp 635-652.

PEMÁN GAVÍN, JUAN. *Régimen jurídico del servicio de correos*. Instituto Nacional de Administración Pública, D.L. Madrid. 1983

PINDYCK, ROBERT S. y L. RUBINFELD, ROBERT S. *MICROECONOMÍA*. Séptima edición. Madrid. PEARSON EDUCACIÓN, S.A. 2009.

PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS y CANALES GIL, ÁLVARO. Legislación de protección de datos. Iustel. Madrid. 2011.

POSNER, RICHARD. “*Theories of economic regulation*”. NBER, Working paper series, No 41. 1974.

DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNANDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS. “*Diez años de legislación energética en España*”. En VVAA. *Energía: Del Monopolio al Mercado*. CNE, *Diez años en perspectiva*. José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez (Directores). Comisión Nacional de Energía, Thomson-Civitas. Navarra. 2006

“*La liberalización de las Telecomunicaciones: Elementos Esenciales y Nuevo Marco Regulatorio Comunitario*”. En: VVAA *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Director Tomás Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo. Cuadernos de Derecho Judicial. VI-2003. Centro de Documentación Judicial. Madrid. 2003.

RALLO LOMBARTE, A. *La Constitucionalidad de las AUTORIDADES INDEPENDIENTES*. Tecnos. Madrid. 2002.

RAYJO BOYD, MARCOS. “*El Derecho de la competencia y las telecomunicaciones*”. En VVAA: *Derecho de las Telecomunicaciones* (coord.. Javier Cremades). La Ley. Madrid. 1997.

RIVERO ORTEGA, RICARDO. *Derecho Administrativo*. (Cuarta edición). Marcial Pons. Madrid. 2007.

RODRIGUEZ ROMERO, LUIS. “*Antecedentes inmediatos: La Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico*”. En VVAA. *Energía: Del Monopolio al Mercado*. CNE, *Diez años en perspectiva*. José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez (Directores). Comisión Nacional de Energía, Thomson-Civitas. Navarra. 2006.

RUIZ OJEDA, ALBERTO. “*Sentido y funcionalidad de la regulación pro-competitiva: una aproximación histórico-crítica*”. En VVAA: *Fundamentos de Regulación y competencia (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Director Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. Madrid. 2013.

- “*La Regulación Económica y sus Eslabones Perdidos*”. En VVAA: *Derecho Administrativo y Regulación. Liber Amicorum*. Coordinadores. Juan Miguel de la Cuétara Martínez; José Luis Martínez López-Muñoz y Francisco J. Villar Rojas. LA LEY grupo Wolters Kluwer. Madrid. 2011.

SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. “*Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia*”. En

VVAA: *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas.2011, Pp. 49-59.

-“*Las Relaciones y Delimitación de Funciones entre los Organismos Reguladores Sectoriales y las Autoridades de Defensa de la Competencia*”.En VVAA: *Derecho Administrativo y Regulación. Liber Amicorum*. Coordinadores. Juan Miguel de la Cuétara Martínez; José Luis Martínez López-Muñiz y Francisco J. Villar Rojas. LA LEY grupo Wolters Kluwer. Madrid. 2011.

-*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Civitas. Madrid. 2001.

SALVADOR MARTÍNEZ, MARÍA. *Autoridades Independientes. Un Análisis Comparado de los Estados Unidos, El Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Ariel. Barcelona. 2002.

SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL Y SOLER MATUTES, PERE. “*Autoridades de reglamentación y telecomunicaciones públicas y su regulación. Especial referencia a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*. Director Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, José Vida Fernández (Coordinador). Iustel, Madrid. 2009. Pp 187-231.

SANTAMARIA PASTOR. JUAN A. *Prólogo Los Reglamentos de las Administraciones Independientes*. Civitas Thomson Reuters. Navarra. 2013.

-“*Sectores regulados y competencia: un dilema complejo*”.En VVAA: *Las Técnicas de Regulación para la Competencia: Una Visión Horizontal de los Sectores Regulados*. Director Juan A. Santamaría Pastor. Coordinador Rafael Caballero Sánchez. Iustel, Madrid. 2011.

-*Fundamentos de Derecho administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1988.

SARMIENTO, DANIEL. “*La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación Económica*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Iustel. Madrid. 2008.

SAURA FRUCTUOSO, CARLOS. “*El Derecho de Buena Administración y el “Due Process” Administrativo Europeo*”. En VVAA: *Procedimiento Administrativo Europeo*. Director José Eugenio Soriano García, (Coordinadores) Amós Lorenzana Tenorio y Sandra Milena Ortiz Laverde. Civitas Thomson Reuters. Navarra. 2012. Pp. 317-410.

SCHWARTZ, BERNARD. *An introduction to American administrative law*. Isaac Pitman and Sons [etc.]. 1958.

SERRANO GONZÁLEZ, MARINA. *“La Comisión Nacional de la Energía (CNE) como regulador de los sectores energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre regulador y la Administración general”*. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Eléctrico. Tomo I*. Directores Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel, Madrid. 2009.

-*“Naturaleza y funciones de la Comisión Nacional de Energía: un ampliado marco de actuación”*. En VVAA. *Energía: Del Monopolio al Mercado. CNE, Diez años en perspectiva*. José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez (Directores). Comisión Nacional de Energía, Thomson-Civitas. Navarra. 2006.

-*“La Comisión Nacional de Energía: el ejercicio de sus funciones en el Nuevo entorno competitivo”*. En VVAA: *Regulación Sectorial y Competencia*. Civitas Ediciones. Madrid. 1999. Pp. 93-108.

SMITH, WARRICK. *“Utility regulators- The independence debate”*. En VVAA: *Public Policy for the private sector*, No 127. Octubre. The World Bank Group, 1997.

SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO. *“Non venire contra factum proprium (un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del derecho)”*. En VVAA: *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Director Juan Alfonso Santamaría Pastor. La Ley grupo Wolters Kluwer. Madrid, 2010. Pp. 429-550.

-*“El mercado interior del gas a tenor del Derecho Comunitario. Las previsiones del Tercer Paquete Comunitario”*. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Eléctrico. Tomo II*. Directores Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese. Iustel, Madrid. 2009.

-*La Defensa de la Competencia en España*”. LUPOCINIO EVERSHEDS. Iustel. Madrid. 2007.

- *Derecho Público de la Competencias*. IDELCO Instituto de Estudios del Libre Comercio. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1998.

-*“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*. En VVAA: *Derecho Europeo del Audiovisual. Actas del Congreso Organizado por la Asociación Europea de Derecho Audiovisual*. Sevilla, octubre de 1996. Ed. Santiago Muñoz Machado. Tomo II. Madrid: Escuela Libre Editorial. 1997.

-*“Las Securites And Exchange Commission. Un ejemplo de entidad Instrumental de Carácter Expansivo”*. En VVAA: *Administración Instrumental*. Libro Homenaje a M.F. Clavero. Arévalo. Civitas. Madrid. 1994. Pp. 771-786.

-*Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*. Studio Albornotiana. Dirigidos por Evelio Verdera y Tuells. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1993.

STIGLER, GEORGE. *“The citizen and The State”*. (Edited by KurtR.Leube y Thomas Gale Moore).

-*“The essence of Stigler”* Stanford 1986

-*“The Regularities of Regulation”*. Londres 1978. *“Memoirs of an Unregulated Economist ”* Nueva York 1988.

TAVARES DA SILVA, SUZANA. *“La Regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”*. En VVAA: *La Regulación Económica en Especial, La Regulación Bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*. Director: Manuel Rebollo Puig. Iustel. Madrid. 2012.

TERRON SANTOS, DANIEL. *Autoridades naciones de reglamentación: El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Estudios de Derecho Administrativo. Editorial Comares, Granada. 2004.

TORNOS MÁS, JOAQUIN. *“El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales: Comparación de modelos”*. En VVAA: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energía: Regulación, Competencia y Control Judicial. Jornadas Pedro María Meroño*. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.

-*“La Actividad de regulación”*. En VVAA: *El Derecho Administrativo en el umbral del S. XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Román Martín Mateo* (coord.. Francisco Sosa Wagner). Tirant lo branch, Madrid, 2000. Pp. 1329-1349.

TRONCOSO REIGADA, ANTONIO. *“Las Agencias de Protección de Datos como administración Independiente”*. En VVAA: *Las Administraciones independientes*. Coordinadores. PAUNERCHULVI, CRISTINA y TOMÁS MALLÉN, BEATRIZ. Tirant Monografías 654. Valencia. Tirant lo Branch. 2009

VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO. *“La regulación económica como barrera a la competencia liberalización y política de mejor de su calidad”*. En VVAA: *Derecho de la*

*competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Javier Guillén Caramés Coordinador. Cizur Menor (Navarra). Thomson Reuters-Civitas.2011, Pp. 25-47.

-“*Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*. Director Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, José Vida Fernández (Coordinador). Iustel, Madrid. 2009. Pp. 725-757.

-“*Regulación versus competencia. Funciones y disfunciones del actual modelo*”. En VVAA: *XXX Jornadas de Estudio. La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Abogacía General del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid. 2009. Pp. Pp. 53-66.

-“*Reguladores internos y Derecho Comunitario*”. En VVAA: *Cuadernos de derecho para ingenieros. (Organismos reguladores)*. Directores. Miguel Ángel Agúndez y Julián Martínez-Simancas Sánchez. Coordinado por Carmen Alonso Ledesma. Vol. 1. LA LEY. Madrid. 2009. Pp. 15-20.

VIDA FERNANDEZ, JOSÉ. “*Publicidad y confidencialidad de la información relativa a los operadores de telecomunicaciones*”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*. Director Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, José Vida Fernández (Coordinador). Iustel, Madrid. 2009. Pp. 841-903.

“*El Condicionamiento de la Organización Administrativa de los Estados Miembros por la Política Comunitaria de Telecomunicaciones*”. En VVAA: *Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia*. Enrique Gómez-Reino y Carnota (coordinador).Ed. Tirant lo Branch, Valencia. 2004.

-“*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”. En VVAA: *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones-Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra-Salcedo (coordinadores).Civitas Ediciones, S.L. Madrid. 2004.

VID M, KRIELE, *Introducción a la teoría del estado*, 1980.

VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO. “*Reflexiones sobre la Consolidación del Estado Regulador*”. En VVAA: “*15 años de la regulación de telecomunicaciones en Colombia*”. CRT. Bogotá. 2007.

VÍRGALA FORURIA, EDUARDO. *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2004.



## REVISTAS

AGUILAR BRAVO, ANA. “Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 de abril de 2008 en el asunto T-271/2003, Deutsche Telekom c. Comisión: un comentario económico sobre el análisis de estrechamiento de márgenes”. En VVAA: *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Nº 10, 2009. Pp. 109-115

AKERLOR, GEORGE A. “The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. En VVAA: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84, No. 3. (Aug., 1970). Pp. 488-500. Disponible en: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1879431?uid=3737952&uid=2&uid=4&sid=21103641456693> [en línea]. (Consultado 3/03/2014).

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. “El control judicial de las entidades reguladores. La necesaria expansión del Estado de Derecho”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 182. Mayo-agosto (2010). Pp. 9-37.

ARIÑO, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. “Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión”. En VVAA: *Política Económica y Regulatoria en Telecomunicaciones*. Núm. 8 abr’13. (La Normativa de Competencia y su Aplicación al Mercado de Comunicaciones Electrónicas). Dirección de Regulación Telefónica España. Pp. 98-109.

ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA. “La aplicación de las normas de competencia en el mercado de las telecomunicaciones”. En VVAA: *Noticias de la Unión Europea*. (Ejemplar dedicado a: El mercado de las telecomunicaciones). Nº 313, 2011. Pp. 35-46.

-“Comunicaciones electrónicas y competencia”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología). Nº 832, 2006. Pp. 75-88.

ARROYO JIMENÉZ, LUIS. “El Régimen Sancionador en los Mercados de Telecomunicaciones”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Num. 187. Mayo – Agosto 2005. Pp. 265-297.

BACIGALUPOO SAGGESE, MARIANO. “Los reguladores nacionales de la energía en las nuevas directivas del tercer paquete energético de la Unión Europea: independencia y funciones”. En VVAA: *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, Nº. 6, 2010, Pp. 145-152

-“Reguladores Nacionales y Europeos en el Mercado Interior de la Electricidad. La futura agencia de cooperación de reguladores de la energía”. En *VVAA: Derecho de la competencia y energía eléctrica*. Navarra: Civitas Aranzadi, 2009. Pp. 197-227.

-“La Unión Europea y las Autoridades Reguladoras de la Energía (Aportaciones del tercer paquete legislativo de la UE relativo al mercado interior de la energía al fortalecimiento de los poderes y de la independencia de los reguladores nacionales)”. En *VVAA: Revista de Derecho de la Unión Europea*. Nº. 16, 2009. Pp. 185-194

-“El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad”. En *VVAA: Noticias de la Unión Europea*, Nº 284, 2008 (*Ejemplar dedicado a: El mercado interior de la electricidad*). Pp. 17-24

“La Coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los Reguladores Sectoriales en la Nueva Ley de Defensa de la Competencia”. En *VVAA: Revista de Administración Pública*. Num. 174. Septiembre-diciembre. 2007. Pp. 395-419.

BARKOW, RACHEL E., “More Supreme than Court?. The falla of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy. En *VVAA: Columbia L. R.* vol. 102, nº2, 2002.

BEL I QUERALT, GERMA; CALZADA, JOAN y FAGEDA, XAVIER. “Liberalización y competencia en España.¿dónde estamos?”. En *VVAA: Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 829, 2006 (*Ejemplar dedicado a: Productividad y competitividad de la economía española*). Pp. 123-144

BELL, JHON. “L’expérience anglaise en matière d’autorités administratives indépendantes”. En: *CONSEIL D’ÉTAT RAPPORT PUBLIC 2001 Jurisprudence et avis de 2000 Les autorités administratives indépendantes ÉTUDES & DOCUMENTS* Nº 52. Pp. 401-410.

BETANCOR RODRIGUEZ, ANDRES. “Autoridad de la competencia y reguladores sectoriales en el contexto del mercado con posición de dominio: Ideas y reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012 (asunto T-398/07, España/Comisión)”. En *VVAA: Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Nº. 11. 2012. Pp. 17-34

- *L’expérience espagnole en matière d’autorités administratives indépendantes*. Contributions. En: *CONSEIL D’ÉTAT RAPPORT PUBLIC 2001 Jurisprudence et avis de 2000 Les autorités administratives indépendantes ÉTUDES & DOCUMENTS* Nº 52. Pp. 411-426.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA. “Las Agencias Independientes: Un Análisis Desde la Perspectiva Jurídico-Constitucional”. En *VVAA: Anuario de la Facultad de Derecho de la*

Universidad Autónoma de Madrid, N°. 3, 1999 (Ejemplar dedicado a: Privatización y liberalización de servicios), Pp. 163-181.

BOEHN, FREDÉRIC. “Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos”. En VVAA: *Revista de Economía Institucional*, Vol. 7, n. ° 13, Segundo semestre/2005.

BRIGGS, ASA. “The Welfare State in Historical Perspectiva”. En VVAA: *European Journal of Sociology*, II. 1961.

BROKELMANN. HELMUT y GANINO MARIAROSARIA. “El estrechamiento de márgenes y la relación entre regulación y normas de la competencia en la sentencia Telefónica”. En VVAA: *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*. N° 66 (Mayo-Agosto 2012). Pp.217-234

CALVIÑO SANTAMARÍA, NADIA. “Regulación y competencia en telecomunicaciones los retos derivados del nuevo marco normativo”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*. (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología). N° 832, 2006. Pp. 59-74

CAÑIZARES PACHECO, ENRIQUE. “La regulación de las telecomunicaciones España: una visión prospectiva”. En: VVAA. *Política Económica y Regulatoria en Telecomunicaciones*. Competencia y Retos Regulatorios en los Nuevos Mercados de los Servicios TIC Gabinete de Estudios de Economía de la Regulación (GEER) Dirección de Regulación y Relaciones Sectoriales. Telefónica. N°. 6- Marzo, 2011.Pp. 70-83.

CARLON RUIZ, MATILDE. “Las dos caras de Jano: lo que el Derecho europeo tiene que decir respecto de la convivencia entre regulación y competencia. Reflexiones al hilo de las Sentencias del Tribunal General de 29 de marzo de 2012 (asuntos T-336/07 y T-398/07)”. En *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional Working Papers on European Law and Regional Integration*. WP IDEIR n° 20 (2013). Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-las%20dos%20caras%20de%20jano.pdf> [en línea]. (Consultado 5/02/2014).

- “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. En VVAA: *Revista española de derecho administrativo*, N° 102, 1999. Pp. 229-255.

CHITI, EDOARDO. “La Reforma del Marco Institucional Europeo en los sectores de la Energía y del Gas y de las Comunicaciones Electrónicas”. En VVAA: *Redeti: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*. Año XI. Núm 32. Mayo-Agosto. 2008. Pp. 11-39.

CLAVERO ARÉVALO, MANUEL FRANCISCO. “*Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*”. En VVAA: D.A. núm 58, 1958.

CUBERO MARCOS, JOSÉ IGNACIO. “*Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: Hacia un modelo sin inmunidades*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm 184, enero-abril. 2011. Pp. 121-156.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL. “*El "diálogo regulatorio" como base para la confianza en la regulación*”. En VVAA: *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*. Año nº 9, Nº 27, 2006 , págs. 11-38.

DE LA CRUZ FERRER, JUAN. “*El mercado interior europeo de la electricidad*”. En VVAA: *Noticias de la Unión Europea*, Nº 284, 2008 (Ejemplar dedicado a: El mercado interior de la electricidad). Pp. 25-34.

DIEZ ESTELLA, FERNANDO y FERNANDÉZ ÁLVAREZ-LABRADOR, MARGARITA. “*El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones: comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica*”. En VVAA: *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Nº. 2, 2008. Pp. 219-238

DOMINGO GUTIERREZ, SARA ELSA. “*La liberalización del sector postal: servicio universal y libre competencia*”. En VVAA: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 26, 2005. Pp. 191-248.

ESCRIBANO SÁEZ, ÁLVARO, GONZALEZ GOMEZ Y LASHERAS SAN MARTÍN, JULIO. “*Regulación y Análisis Económico del Servicio Postal en España*”. En VVAA: *Infraestructuras: transportes e industrias en red*. ICE, número 808, Pp. 161-188. 2003.

ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*El encuadre de la Regulación de la Economía en la Sistemática del Derecho Público*”. En VVAA: *Revista General de Derecho Administrativo*. 20 (2009). Pp. 1-18.

- “*La recepción en Europa Continental del Derecho de la Regulación de la Economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm 183. Septiembre-diciembre. 2010. Pp. 205-307.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS-RAMÓN. “*Sobre los límites constitucionales del poder discrecional*”. En VVAA: *Revista de administración pública*. Nº 187. 2012. Pp. 141-170.

- “*Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa*”. En VVAA: *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº. 4. 2003.

- “Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial”. En VVAA: *Cuadernos de derecho judicial*. N°. 13, 1998 (Ejemplar dedicado a: *La experiencia jurisdiccional : del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*. Perfecto Andrés Ibáñez (dir.)). Pp. 161-176

“La autonomía de los bancos centrales”. En VVAA: *Papeles de Economía Española*. N° 43, 1990. Pp. 2-16.

- “Del Servicio Público a la Liberalización Desde 1950 Hasta Hoy”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Número. 150. Septiembre-diciembre 1999. Pp. 57-73.

FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. “Las Administraciones Independientes de regulación y Supervisión en España”. En VVAA: *Vniversitas*, número 109. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2005. Pp. 419-460.

- “Las AUTORIDADES INDEPENDIENTES en Francia”. En VVAA: *Vniversitas*, número 107. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2004. Pp. 343-371.

- “Las Administración por Agencias Independientes en los Estados Unidos de América. En VVAA: *Vniversitas*, número 106. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2004. Pp. 177-205.

FEIJOO GONZÁLEZ, CLAUDIO, ROJO, DAVID y GÓMEZ BARROSO, JOSÉ LUIS “Competencia en el sector de las telecomunicaciones: evolución de la regulación europea y análisis crítico del marco actual”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*. (Ejemplar dedicado a: *Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología*). N° 832, 2006. Pp. 89-103.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS RAMÓN. *La autonomía de los bancos centrales*. PEE, n° 43, Madrid, 1990.

- “Los poderes normativos del Banco de España”. En VVAA: *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Año n° 4. N° 13. 1984 Pp. 7-32

FONTEIJN, CHRIS. “Netherlands Authority for Consumers and Markets”. En VVAA: GLOBAL COMPETITION REVIEW. The European Antitrust Review 2014. Section 3: Country chapters. Disponible en: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/53/sections/179/chapters/2105/netherlands-authority-consumers-markets/> [En línea]. (Consultado 05/11/2013).

FRANCO, DIANA. “Publication Theories of Regulation”. En VVAA: *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, n° 2. JAVEGRAF. Bogotá. 2004. Pp. 175-213.

FRISON- ROCHE, MARIE-ANNE. “*Ex ante - ex post, justificación de un derecho propio y específico de la regulación*”. En VVAA: *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*. Año 12, Nº. 10, 2010. Pp. 3-13.

GARCIA ÁLVAREZ, GERARDO. “*Los poderes normativos de las Administraciones Independientes en el ámbito económico*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Num. 131. Mayo – Agosto 1993. Pp. 139-179.

GARCIA LLOVET, ENRIQUE. “*AUTORIDADES INDEPENDIENTES y Estado de Derecho*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Num. 171. Septiembre-diciembre. 2006. Pp. 136-179.

GARCIA MEZQUITA, YOLANDA. “*El mercado de energía en la Unión Europea*”. En VVAA: *ECONOMIAUnam*. Vol. 3, No 9. Pp 89-113. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006.

GARCIA-VALDECASAS, RAFAEL. Sesión Magistral: La importancia de la arquitectura institucional en la aplicación efectiva de las normas. Ponencia presentada en el 50 ANIVERSARIO DE NORMATIVA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA. Madrid, 27 de junio de 2013.

GARCIA-VILLARUBIA, BERNABÉ y MAGIDE HERRERO, MARIANO. “*El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto "Planes claros")*”. En VVAA: *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 261, 2006. Pp. 1087-1120

GERADIN, DAMIEN y O'DONOGHUE, ROBERT. “*The Current Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*”. En: *Global Competition Law Center (GCLC) Working Paper 04/05*. The Global Competition Law Centre Working Paper Serie, 2005. Disponible en: <https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-05.pdf> [en línea] (Consultado 6/02/2014).

GONZÁLEZ DURANTES, HENAR Y ENGRA MORENO, JOSÉ CARLOS. “*El tratamiento de los abusos de posición de dominio en el sector postal*” En VVAA: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Número 216, páginas 66-81, 2003.

GRUPO DE TRABAJO DE POLITICAS PÚBLICAS Y REGULACION COIT. “*Reforma de los Organismos Reguladores*”. En VVAA: *Bit*. 188 marzo 2012. Pp. 55-57.

HERRERA GONZÁLEZ, FERNANDO. “*La aplicación de principios de derecho de competencia a la regulación sectorial de telecomunicaciones*”. En VVAA: *Información*

*Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología). Nº 832. 2006. Pp. 45-57.

HOLLAND, PHILIP. “*The Quango in Britain*”. En VVAA: *HeinOnline International & Non-U.S. Law Journals*. 5 Trent L.J. 1 1981. Pp. 1-9.

IBÁÑEZ, JORGE ENRIQUE. “*Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria: la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo, sea regulador o reglamentario*”. En VVAA: *Vniversitas*, número 106. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2003. Pp. 9-86.

ITURRALDE IBARLUCEA, MARÍA ISABEL Y QUIRÓS ROMERO, CIPRANO. “*Liberalización y Eficiencia en el Sector Postal de la Unión europea*”. En VVAA: *Economía industrial*, Nº 361, 2006 (Ejemplar dedicado a: *Economía de la información y la comunicación: externalidades y mercados*). Pp. 121-132.

JOHNSON, NEVIL. “*Quangos and the structure of British Government*”, En VVAA: *Public Law*, Winter, 1979. Pp. 379-395.

LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “*Regulación, Externalización de actividades Administrativas y Autorregulación*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 185. Mayo-agosto (2011). Pp. 89-112.

- “*Autoridades de defensa de la competencia y reguladores sectoriales: A propósito de la STS de 6 de octubre de 2010*”. En VVAA: *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Nº. 9, 2011. Pp. 151-158

- “*Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 185. Mayo-agosto. 2011. Pp.87-111.

“*Abuso de posición dominante por "compresión de márgenes" aplicando precios sujetos a regulación ex ante: STPI DEUTSCHE TELEKOM*”. En VVAA: *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Nº. 3, 2008, págs. 167-182

LENIS MEJIA, ANA LUCIA. “*Las Agencias Independientes o Comisiones de Regulación*”. En VVAA: *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, nº 2. JAVEGRAFI. Bogotá. 2004. Pp. 113-174.

LEO PLIATZKY. “*Quangos and Agencies*”. En VVAA: *Public Administration*. Volume 70, Issue 4. Pp. 555-563.

LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ. “*La Garantía de la Unidad de Mercado*”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*. Nº 871, 2013 (Ejemplar dedicado a: Unidad de mercado). Pp. 35-46

LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, FRANCISCO B. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, JUAN. “*Hacia una política energética para Europa*”. En VVAA: *Noticias de la Unión Europea*. Nº 284, 2008 (Ejemplar dedicado a: El mercado interior de la electricidad). Pp. 5-14

LÓPEZ GALDÓS, MARIANELA. “*Proyecto de Ley para la Creación de la Comisión de Mercados y Competencia: comentario desde una perspectiva institucional comparada*”. En VVAA: *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Nº 31, 2013. Pp. 91-105.

LOPEZ RAMON, FERNANDO. “*El Consejo de Seguridad Nuclear: Un ejemplo de Administración Independiente*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 126. Septiembre-diciembre de 1991. Pp. 189-216.

MALARET I GARCIA, ELISENDA. “*Regulación Económica: Su Instrumentación Normativa. (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)*”. En VVAA: *Derecho Privado y Constitución*. (Ejemplar dedicado a: Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández) Núm. 17. Enero-Diciembre 2003. Pp. 327-360

MARIQUE, YSEULT. “*The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ('QUANGOs')*”. En VVAA: *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, Vol. 11, No. 3, (December 2007). Disponible en: <http://www.ejcl.org/113/article113-30.pdf> [en línea]. (Consultado 23/05/2012).

MARTINEZ VILA, J.E. “*Reflexiones sobre la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”. En VVAA: *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina y jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6. 1998. Pp. 2195-2198.

MATIAS, GUSTAVO. “*El Laberinto de la Telefonía Móvil*”, Expansión. Diario de actualidad económica. 16 de mayo de 1996.

MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT. “*Los Órganos Autónomos e Independientes*”. *Revista electrónica de difusión científica Universidad Sergio Arboleda*. En VVAA: *Revista electrónica de difusión científica Universidad Sergio Arboleda*. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/organos\\_autonomos\\_independientes.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/organos_autonomos_independientes.htm). [en línea]. (Consultada el 20/05/2012).

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO Y MARQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO. “*Intervención Pública, Regulación Económica: Elementos para la Definición de los objetivos*”.



*de la Regulación*". En VVAA: Vniversitas, diciembre, número 108. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Pp. 71-117.

MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. "*La Decisión de la Comisión Wanadoo contra Telefónica. La compleja relación entre regulación y competencia*". En VVAA: *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Nº 2, 2008. Pp.37-46

"*La Comisión Nacional del Sector Postal una nueva Administración Independiente Reguladora*". En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Num. 176. Mayo-agosto. 2008. Pp. 311-329.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. "*Los principios del Derecho de la Regulación: La Actividad de las Agencias y su control*". En VVAA: *Revista General de Derecho Administrativo*. Núm 20. 2009. Pp. 1-30.

MURO I BAS. XAVIER. "La Agencia de Protección de Datos". En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 147. Septiembre-diciembre de 1998. Pp. 381- 421.

NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. "*La Nueva Comisión Nacional De Los Mercados Y La Competencia: Naturaleza, Régimen Jurídico E Independencia*"(Parte II). En VVAA: Estudios y Comentarios INAP de 10 de enero de 2014. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?fecha=10/1/2014&z=3> [en línea] (Consultado el 22/01/2014).

- "*La Nueva Comisión Nacional De Los Mercados Y La Competencia: Naturaleza, Régimen Jurídico E Independencia*"(Parte I). En VVAA: Estudios y Comentarios INAP. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?fecha=27/12/2013&z=3> [en línea] (Consultado 15/01/2014).

- "*La Nueva Comisión Nacional De Los Mercados Y La Competencia: Naturaleza, Régimen Jurídico E Independencia*". En VVAA: *Revista General de Derecho Administrativo*. Num. 34 Octubre 2013. Pp. 1-52

- "*La reforma de los organismos reguladores en España*". En VVAA: *Actualidad administrativa*. Nº 12, 2012. Pp. 1486-1498.

OGLETHORPE, KATY. *Spain. The painful birth of el super regulador*. En VVAA: GLOBAL COMPETITION REVIEW. Volume 17. Issue 1- December- January. 2014. Pp. 30-33.

PATEIRO RODRIGUEZ, CARLOS Y GARCÍA IGLESIAS, JESÚS MANUEL. “*Políticas de Liberalización para la Competencia en el Sector Postal*”. Disponible en: [www.fceer.org/bdoc/recursos/005.pdf](http://www.fceer.org/bdoc/recursos/005.pdf). [En línea]. Consultado el 1/07/2011.

PLAZA, CRISANTO. “*Apuntes sobre la teoría económica de la regulación*”. En VVAA: *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*. (Ejemplar dedicado a: Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología). N° 832, 2006. Pp. 7-23.

POLO-ROSETO, MIGUEL. “*Sobre la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones*”. En VVAA: *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, n° 2. JAVEGRAF. Bogotá. 2004. Pp. 57-112.

POMED SÁNCHEZ, LUIS ALBERTO. “*Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes*”. En VVAP: RAP No. 132 Septiembre-diciembre de 1993. Centro de Estudios Político Constitucional., Pp. 117-169.

PONCE SOLÉ, JULI. “*La calidad en el Desarrollo de la Discrecionalidad Reglamentaria: Teorías sobre la Regulación y Adopción de Buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones*”. En VVAA: *Revista de Administración Pública*. Núm 162. Septiembre-diciembre 2003. Pp. 89-144.

RODRÍGUEZ PONTÓN, FRANCISCO JOSÉ. “*Gobierno, política y Administración: elementos de debate para las 'administraciones independientes'*”. En VVAA: *Autonomías. Revista catalana de derecho público*, N.º 24. 1999. Pp. 189-233.

SALA ÁRQUER, JOSE MANUEL. “*Organismos de supervisión y regulación: balance y perspectivas de futuro*”. En VVAA: *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Número 24. Junio 2011. Pp. 81-90.

- “*El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*”. En VVAA: *Revista de Derecho Administrativo*, núm, 42, abril, junio. 1984. Pp. 401-422.

SIFONTES, DOMINGO. “*Regulación Económica y Agencias Regulatorias Independientes: Una Revisión de la Literatura*”. En VVAA: “*Contribuciones a la Economía*”. Disponible en: <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm> [en línea]. (Consultada 15/03/2012).

SKELCHER, CHRIS. “*Reforming the Quangos*”. En VVAA: *The Political Quarterly*, 01/1998, Vol. 69, Número 1. Pp. 41 – 47.

SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO y BILHIM, JOÃO. “*La racionalidad política y técnica en la selección de la Alta Administración Pública y Gestión Pública Portuguesa*”. En VVAA: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Iustel. N° 38. Junio 2013. Pp. 36-52.

SORIANO GARGÍA, JOSÉ EUGENIO Y GONZÁLEZ VARAS- IBAÑEZ, SANTIAGO. “*Crónica de un acontecimiento: la presentación política del "Informe sobre España" de Santiago Muñoz Machado*”. En VVAA: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Iustel. N°. 34. Febrero. 2013. Pp. 40-51.

SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARTA GISELA. “*Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía Sostenible en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia*”. En: VVAA. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. N° 22, 2011. Pp. 9-21.

SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO. “*Liberalización económica, Sector Público y Derecho Administrativo*”. En VVAA: Asamblea. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Número 24. Junio 2011. Pp. 179-231.

- “*Evolución del concepto relación jurídica en su aplicación al derecho público*”. En VVA: *Revista de Administración Pública*. Núm. 90. (Septiembre - Diciembre 1979). Pp. 33-78.

STRAUSS, PETER. “*The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*”. En VVAA: *Columbia Law Review*. Vol. 84, abril 1984, n° 3. Pp. 573-669.

STIGLER, GEORGE. “*El proceso de regulación económica*”. ICE enero 1980.

- “*The Theory of Economic Regulation*”. En VVAA: *Bell Journal of Economics*, Spring, No. 2, 1971.

TRAYTER JIMÉNEZ, JOAN MANUEL. “*El arbitraje de Derecho Administrativo*”. En VVAA: *Revista de administración pública*. N° 143, 1997. Pp. 75-106.

VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ. “*El Acceso a la información de los operadores en los sectores regulados: el caso de los requerimientos de información de la Mercado de las Telecomunicaciones*”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N° 132. Octubre-Diciembre 2006. Thomson-Civitas. Madrid.

- “*Telecomunicaciones: los particulares ante las modificaciones derivadas del proceso de liberalización de las telecomunicaciones. Contenido del servicio universal. Potestad normativa de la CMT. Interconexión de referencia. Potestad de investigación de la CMT. Protección del dominio público radioeléctrico.*” En VVAA: *Revista General de Derecho Administrativo*. Núm.12, junio, 2006. Disponible en:

[http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=405485](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=405485) [en línea].  
(Consultado 02/09/2012).

-“El Proceso de liberalización de los servicios postales en la Unión Europea”. En *VVAA: Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*. Nº 2805. Del 10 al 16 de mayo de 2004. Pp. 11-26.

VIRGALA FORURIA, EDUARDO. “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible”. En *VVAA: Revista Española de Derecho Constitucional*, Año nº 32, Nº 94, 2012, Pp. 61-115

-“Agencias (y Agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”. En *VVAA: Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº. 5, 2006, Pp. 145-212.

VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. “El principio de separación entre el regulador y los gestores como garantía de libre competencia. La sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2000, sobre el estatuto de “Correos y Telégrafos”. En *VVAA: REDETI*, núm. 9, noviembre 2000. Pp 141-154.

## PONENCIAS

ALFONSO SANCHEZ, ROSALIA. “Los Organismos Reguladores como (Presuntos) ejes de la Economía Sostenible”. Conferencia pronunciada en Gijón, el 9 de septiembre de 2010, en marco de la II Escuela Internacional de Verano, organizado por UGT Asturias, Fundación Asturias y Universidad de Oviedo, bajo el Título “Economía Sostenible: el cambio del Sistema Productivo”. Disponible en:  
<http://www.fundacionasturias.org/escuela/pdflibro11/rosalia%20alfonso.pdf> [en línea].  
(Consultado 08/03/20113).

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. “Regulación Y Política: Diseño y Funciones de los Entes Reguladores”. Ponencia presentada al III Internacional de Asier Sao Paulo (Brasil)- Junio de 2008. Sao Paulo. 2008.

BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO. “Estudio preliminar”. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energías: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.

BROKELMAN, HELMUT. “Nuevo Marco Institucional”. Jornada sobre la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organizadas por IE law School Executive Education. Viernes 22 de noviembre de 2013.

DEBATES, ÉMILE. “*Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherches sur le concept d'« indépendance »*”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/254.pdf> [en línea]. (Consultado 20/06/2012).

DIEZ ESTELLA, FERNANDO. “*Prácticas de Abuso de Posición Dominante en el Sector de las Telecomunicaciones, ¿ Realmente un nuevo enfoque del artículo 82 del Tratado de la CE?*”. En VVAA: XXX Jornadas de Estudio. *La regulación de los mercados: telecomunicaciones, energía y valores*. Abogacía General del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid. 2009.

FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. La Garantía de la Unidad de Mercado. Ponencia presentada en el Seminario Eduardo García de Enterría- Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Mayo 7 de 2014.

GROEBEL, ANNEGRET. *Introduction to the Bundesnetzagentur (BNetzA)*. Visit of FTS. International Relations / Postal Regulation Bundesnetzagentur. Bonn 01.03.2010

GOLDSTEIN ANDREA y LINHARES PIRES, JOSÉ CLAUDIO. “*Analysing privatisation in Brazil: The role of independent regulatory agencies*”. Documento presentado en Annual Bank Conference on Development Economics, Europe 2003, Banco Mundial.

LOPEZ IBOR, VICENTE; MARTINEZ; GARCIA COBALEDA, MANUEL Y SALA PASCUAL. “*Mesa Redonda: La estabilidad regulatoria: ¿Qué límites a la innovación de los marcos regulatorios?*”. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energía: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Conferencia: La regulación de los sectores energéticos: Una visión general*”. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energía: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.

PAREJO ALONSO, LUCIANO. “*Conferencia: Las relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado*”. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energía: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.

DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMÁS. “*Nuevo Marco Institucional*”. Jornada sobre la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), organizadas por IE law School Executive Education. Viernes 22 de noviembre de 2013.

- *“Nueva Comisión de los Mercados y la Competencia”*. V Jornadas InterUniversitarias de Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, organizadas por el Instituto Pascual Madroz del Territorio, Urbanismos y Medio Ambiente, celebrado del 23 al 27 de septiembre de 2013. Universidad Carlos III. Getafé.

-Respuesta del catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, Tomás de la Quadra-Salcedo, sobre la concentración de organismos supervisores en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, extraída de la entrevista realizada el 12 de septiembre de 2012, en el campus de Getafe de la UC3M. Disponible en: <http://fideca.wordpress.com/tag/organismos-reguladores/> [En línea] (Consultado 20/10/2012)

-*“Conferencia: Seguridad jurídica y protección de la confianza legítima en la regulación de los sectores económicos”*. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energías: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.

RIVERA URRUTIA, EUGENIO. *“Regulación Económica y Competencia”*. CEPAL-CORPROCOM-IDRC. Curso internacional sobre Aspectos Económicos y Legales de la Competencia. San José, Costa Rica 5.6.2003.

RODRIGUEZ RAPOSO, ALBERTO. *“La Aplicación del Derecho de la Competencia en Sectores Regulados: Telecomunicaciones”*. Presentación en la VI Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia. Comisión Nacional de la Competencia. 27 de febrero de 2008. 2. Casos Prácticos. 2.1. Concentración de Sogecable/Vía Digital.

ROQUES-BONNET, MELLE MARIE-CHARLOTTE. *“Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau: vers la fin des contre-pouvoirs ?”*. Atelier n°6. VIIe Congrès français de droit constitutionnel CONGRÈS DE PARIS 25, 26 et 27 septembre 2008. Disponible en: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/RoquesTXT.pdf> [en línea]. (Consultado 17/06/2012).

SMITH, WARRICK. *“Utility regulators- The independence debate”*. En Public Policy for the private sector, No 127. Octubre. The World Bank Group, 1997.

SORIANO GARCIA, JOSÉ EUGENIO. *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*. En VVAA: *Derecho Europeo del Audiovisual. Actas del Congreso Organizado por la Asociación Europea de Derecho Audiovisual*. Sevilla, octubre de 1996. Ed. Santiago Muñoz Machado. Tomo II. Madrid: Escuela Libre Editorial. 1997.

TORNOS MÁS, JOAQUIN. *“El regulador de la energía y otros reguladores sectoriales: Comparación de modelos”*. En: *Cuestiones actuales del Derecho de las Energías: Regulación, Competencia y Control Judicial*. Jornadas Pedro María Meroño. Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Saggese (Directores). Comisión Nacional de la Energía. Ed. Iustel. Madrid. 2010.

## SENTENCIAS

STJCE del 13 de diciembre de 1991(TCJE 1991, 318), asunto C-18/88, Régie des télégraphes (RTT) v GB-INNO-BM.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993. Asunto C-320791.

Sentencia nº C-271/90 de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 17 de Noviembre de 1992. Por medio de la cual se resuelven los recursos presentados, respectivamente, en la Secretaría del Tribunal de Justicia los días 7, 14 y 20 de septiembre de 1990, el Reino de España, el Reino de Bélgica y la República Italiana solicitaron, con arreglo al párrafo primero del artículo 173 del Tratado CEE, la anulación de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones.

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia de 26 enero 2000 RJ\2000\10108. Recurso contencioso-administrativo núm. 144/1998. Ponente: Excmo Sr. Segundo Menéndez Pérez

STS de 20 de diciembre 2004 (RJ 2005, 538; asunto: impugnación CMT que regulaba la publicidad del operador dominante).

STS de 8 de marzo 2006 (RJ 2006, 1670; asunto: impugnación de la Circular CMT relativa a la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas).

Sentencia del Tribunal Constitucional STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ. 3º, MP MENDIZÁBAL ALLENDE,

Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 133/1997 del 16 de julio, FJ 7ºb, MP MENDIZÁBAL ALLENDE.

SENTENCIA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 67888/2005. Ponente: JOSE MANUEL BRANDRES SANHEZ-CRUZAT.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 7 de Noviembre de 2005. Sala de lo Contencioso. Sección 3. STS 8286/2005. Ponente: OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

SENTENCIA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 29 de Noviembre. Sala de Contencioso. Sección 3. STS 7205/2005. Ponente: OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

## **DIRECTIVAS**

DIRECTIVA 90/377/CEE DEL CONSEJO de 29 de junio de 1990 relativa a un procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad.

DIRECTIVA 90/387/CEE DEL CONSEJO, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones.

DIRECTIVE 90/388/CEE de la COMMISSION, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication . Journal officiel n° L 192 du 24/07/1990 p. 0010 – 0016.

DIRECTIVA 90/547/CEE DEL CONSEJO de 29 de octubre de 1990 relativa al tránsito de electricidad por grandes redes.

DIRECTIVA 92/44/CEE DEL CONSEJO, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas

DECISIÓN 92/264/CEE DEL CONSEJO, de 11 de mayo de 1992, relativa a la introducción de un prefijo común de acceso a la red telefónica internacional en la Comunidad.

DIRECTIVA 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

DIRECTIVA 95/47/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión.

DIRECTIVA 96/19/CE DE LA COMISIÓN, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones.

DIRECTIVA 96/92/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.



DIRECTIVE 97/13/CE du PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications .Journal officiel n° L 117 du 07/05/1997 p. 0015 – 0027.

DIRECTIVA 97/33/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 30 de junio de 1997 relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP).

DIRECTIVA 97/67/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 15 de diciembre de 1997 relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio.

DIRECTIVA 98/10/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo.

DIRECTIVA 2002/21/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva marco")

DIRECTIVA 2002/20/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ("Directiva de autorización")

DIRECTIVA 2002/19/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión ("Directiva de acceso")

DIRECTIVA 2002/22/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 7 de marzo, relativa al servicio universal ("Directiva de servicio universal")

Directiva 2002/39/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 10 de junio de 2002 por la que se modifica la Directiva 97/67/CE con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad.

DIRECTIVA 2002/58, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE JULIO DE 2002 relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el sector de las Comunicaciones Electrónicas.

DIRECTIVA 2003/54/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.

DIRECTIVA 2003/55/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE. (DO L 176 de 15 de julio).

DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

DIRECTIVA 2008/6/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios

DIRECTIVA 2009/72/CE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado de la electricidad, por la que se deroga la DIRECTIVA 2003/54/CE.

DIRECTIVA 2009/73/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

DIRECTIVA 2010/13/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)

DIRECTIVA 2009/72/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

DIRECTIVA 2009/73/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

DIRECTIVA 2009/136/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el

Reglamento (CE) n o 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores

DIRECTIVA 2009/140/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

## **DOCUMENTOS, COMUNICACIONES, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA**

Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (Milán, 28-29 de junio de 1985). COM (85) 310, JUNIO DE 1985.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. GREEN PAPER ON SERVICES OF GENERAL INTEREST. Brussels, 21.5.2003 COM(2003) 270 final.

DIRECTRICES DE LA COMISIÓN sobre el análisis del mercado y la evaluación del peso significativo en el mercado regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C163/03).

DOCUMENTO DE LA COMISIÓN SOBRE LA POLITICA ENERGETICA DE 28 DE MAYO DE 1985.

GREEN PAPER ON SERVICES OF GENERAL INTEREST. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES Brussels, 21.5.2003 COM(2003) 270 final. Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/state\\_aid/123013\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/123013_en.htm)[en línea]. (Consultado 24/08/2012).

COM (2007) 725 de 20 de noviembre de 2007. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y EL COMITÉ DE LAS REGIONES «*Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno*» *Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo.*

Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003 por la que se establece el Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas (2003/796/CE).

Libro Verde, de 30 de junio de 1987, *sobre el desarrollo del mercado común de servicios y equipos de telecomunicación.* COM(87) 290.

Libro Verde, de 11 de junio de 1992, *sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales*. COM (91) 476 final.

OCDE. *Promoting competition in telecommunications markets: competitive safeguards and interconnection policy*. Mimeo. 1995.

REGLAMENTO (CE) N° 714/2009, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1228/2003.

REGLAMENTO (CE) N° 715/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1775/2005

REGLAMENTO (CE) N° 713/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER).

RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1986 Y 2 DE JUNIO DE 1987.

#### **INFORMES DE LA COMISION EUROPEA**

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20883 de marzo de 2005, sobre la aplicación de la Directiva Postal (Directiva 97/67/CE modificada por la Directiva 2002/39/CE) [COM (2005) 102 final – Diario Oficial C 123 de 21.5.2005]

Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de octubre de 2006, sobre la aplicación de la Directiva Postal (Directiva 97/67/CE modificada por la Directiva 2002/39/CE) [COM (2006) 595 final – no publicado en el DO].

#### **INFORMES CONSEJO DE ESTADO FRANCES**

ASSEMBLÉE NATIONALE RAPPORT D'INFORMATION 2010 FAIT AU NOM DU COMITÉ D'ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE DES POLITIQUES PUBLIQUES SUR. *les autorités administratives indépendantes* TOME I – RAPPORT PAR MM. CHRISTIAN VANNESTE ET RENÉ DOSIÈRE, Députés. 1.– Plus de 40 AAI ont été créées en France.

Rapport annuel del 1986 aprobado por la Asamblea del Consejo de estado el 5 de febrero de 1987 y publicado Études et Documents. Conseil d'Etat, 1987, Pp. 53-54.

CONSEIL D'ÉTAT RAPPORT PUBLIC 2001 Jurisprudence et avis de 2000 Les autorités administratives indépendantes ÉTUDES & DOCUMENTS N° 52.

#### **LEGISLACION**

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

La CNIL a été créée par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée en 2004.

LEY 30/1980, de 21 de junio, por la que se regulan los órganos rectores del Banco de España. (BOE número 154 de 27/6/1980).

LEY 24/1988, de 28 de julio, del mercado de Valores (BOE núm. 181/1988, de 29 de julio de 1988).

LEY ORGÁNICA 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. (BOE número 262 de 31/10/1992).

LEY 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. (BOE NÚM 131 de 2/06/1994).

LEY 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. (BOE, de 31 de diciembre de 1994)

LEY 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.(BOE Núm. 90, de 15 de abril de 1997).

LEY 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. (BOE n. ° 285, de 28 de noviembre de 1997).

LEY 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. (BOE número 99 de 25/4/1998).

LEY 12/1998, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España. (BOE Núm. 102 de 29/04/1998).

LEY 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (BOE número 167 de 14/7/1998).

LEY 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (BOE 8/10/1998)

LEY 14/1999, de 4 de mayo, de Tasas y Precios Públicos prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear. BOE Núm. 107 de 5/05/1999).

LEY ORGÁNICA 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (BOE Núm. 298 de 14/12/1999).

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (B.O.E nº 313 31/12/01)

LEY 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. (BOE Num.162 de 08/07/2003).

LEY 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. (BOE nº 264 de 4/11/2003).

LEY 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. (BOE nº 158 3/07/2012).

LEY 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89 de 13/04/2007).

LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (BOE nº 159 de 4/07/2007).

LEY 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. (BOE Núm.160 de 5/7/2007).

LEY 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal. (BOE Núm. 242 de 9/10/2007).

Ley 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear. (BOE Núm. 268 de 8/11/2007).

LEY 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal. (BOE número 338, 31/12/2010)

LEY 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. (BOE nº 55, de 5 de marzo de 2011).

LEY ORGÁNICA 4/2011, de 11 de marzo, complementarias de la Ley de Economía Sostenible, por la que se modifican las Leyes Orgánicas 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LEY 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. (BOE nº 127, de 28/05/2011).

LEY 3/2013, de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE Núm. 134 de 5/06/2013).

LEY 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (BOE Núm. 295 de 10/12/2013).

LEY 20/2013, de 9 de diciembre de 2013, de garantía de la unidad de mercado. (BOE Núm. 295 de 10/12/2013).

LEY 9/ 2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones. (BOE Núm 114 de 10/05/2014).

Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/begtpg/gesamt.pdf> [En línea] (Disponible 10/11/2013).

REAL DECRETO 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.

REAL DECRETO-LEY 6/1996, de 7 de Junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones. (BOE Núm 139 de 8/06/1996).

REAL DECRETO-LEY 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. (BOE Núm. 78, de 31 de marzo de 2012).

REAL DECRETO 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. (BOE núm. 232 de 25 de septiembre de 1996)

REAL DECRETO 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. (BOE Núm. 202, 24 de agosto de 1999)

REAL DECRETO 1298/2006 de 10 de noviembre, por el que se regula el acceso a la red postal pública y se determina el procedimiento de resolución de conflictos entre operadores postales.

REAL DECRETO 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE nº 50 de 27/03/2008).

REAL DECRETO 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia. (BOE nº 54 de 03/03/2008)

REAL DECRETO 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE nº 50 de 27/03/2008).

REAL DECRETO 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia. (BOE nº 54 de 03/03/2008)

REAL DECRETO-LEY 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena. (BOE. Num. 208 de 30/08/2011).

REAL DECRETO-LEY 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. (BOE Núm. 78, de 31 de marzo de 2012).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. (BOE Núm. 276 de 16/11/2011).

REAL DECRETO-LEY 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de Aena. (BOE. Num. 208 de 30/08/2011).

REAL DECRETO-LEY 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE Núm 167 de 13/07/2013).

REAL DECRETO-LEY 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. (BOE Núm. 78, de 31 de marzo de 2012).

REAL DECRETO 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. (BOE Núm. 56 del 06/03/2012)

REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013).

REAL DECRETO-LEY 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE Núm 167 de 13/07/2013).

REAL DECRETO 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 209 de 31/08/2013).

RESOLUCIÓN de 22 de junio de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, de delegación de competencias (BOE Núm. 159, de 5/07/2011).

## **DICTAMENES**



CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Sesión Ordinaria del Pleno, 28 de enero de 2010.

CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Comisión Permanente, 13 de septiembre de 2012. Núm.: 870/2012.

CONSEJO DE ESTADO. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley general de telecomunicaciones. Consejo de Estado en Pleno. 24 de julio de 2013. Núm.: 648/2013.

### **INFORMES DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, DE LAS COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA.**

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Informe Sobre la Situación Actual de los Organismos Reguladores y su Posible Reforma.

CONSEJO DE MINISTROS. Acuerdo de Consejo de Ministro de 29 de noviembre de 2002, As, N-280, Sogecable/Vía Digital. Disponible en: [http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/\\_2002/c2911020.htm](http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2002/c2911020.htm) [en línea]. (Consultado 15/03/2014).

CONSEJO DE MINISTRO de 20 de enero de 2012. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/240212-enlacessupervisores.htm> [En línea] (Consultada 18/03/2012).

CONSEJO DE MINISTROS del 27 de septiembre del 2012. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/DCD02624-9561-46CC-AC8E-BC6A43D002ED/214197/refc20120927.pdf> [en línea]. (Consultado 01/10/2012).

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 70/12. ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=461222&Pag=1> [En línea] (Consultada 22/03/2012)

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2012/398). Disponible en: [http://www.cmt.es/cmt\\_ptl\\_ext/SelectOption.do?nav=resoluciones\\_informes](http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=resoluciones_informes) [En línea] (Consultada 22/03/2012)

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO ANGEL GARCIA CASTILLEJO A LA RESOLUCIÓN DE 15 DE MARZO DE 2012, POR LA QUE SE APRUEBA INFORME AL GOBIERNO SOBRE EL TEXTO DE ANTEPROYECTO DE “LEY DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (MTZ 2012/398). Disponible en:[http://www.cmt.es/cmt\\_ptl\\_ext/SelectOption.do?nav=resoluciones\\_informes](http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=resoluciones_informes)[En línea] (Consultada 22/03/2012)

COMISION NACIONAL DE ENERGIA. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (aprobado por el Consejo en su sesión de 15 de marzo de 2012). Disponible en: [http://www.cne.es/cne/Publicaciones?accion=3&id=3037&id\\_nodo=32](http://www.cne.es/cne/Publicaciones?accion=3&id=3037&id_nodo=32)[En línea] (Consultada 22/03/2012)

COMISION NACIONAL DEL SECTOR POSTAL. Informe sobre el anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) aprobado, por mayoría, por el Consejo de la Comisión Nacional del Sector Postal. Disponible en: [http://www.cnspostal.es/nav\\_docEinformes/nav\\_docInteres/](http://www.cnspostal.es/nav_docEinformes/nav_docInteres/)[En línea] (Consultado 22/03/2012).

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 101/12. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGANICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx> [En línea] (Consultado 28/06/2013).

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2013/1115). Disponible en: [http://www.cmt.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=3b97986d-a413-406c-bef16bb576089bfa&groupId=10138](http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=3b97986d-a413-406c-bef16bb576089bfa&groupId=10138) [En línea] (Consultado 30/06/2013).

COMISION NACIONAL DE ENERGÍA. Informe de la CNE sobre la propuesta de Real Decreto por la que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 24 de junio de 2013. Disponible en: [http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne70\\_13.pdf](http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne70_13.pdf) [En línea] (Consulado 08/08/2013).

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. IPN 89/13 ANTEPROYECTO DE LEY DE GARANTÍA DE UNIDAD DE MERCADO. Disponible en:

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx?pag=3> [En línea] (Consultado 04/05/2014)..

## **REGLAMENTO INTERNO DE FUNCIONAMIENTO DE LA CNMC**

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LA CNMC. El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sesión celebrada el 4 de octubre de 2013, ha aprobado el Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Disponible en: [http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/normativa/2013/Reglamento\\_Funcionamiento\\_Consejo\\_9octubre\\_Final.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/normativa/2013/Reglamento_Funcionamiento_Consejo_9octubre_Final.pdf) [En línea] (Consultado 24/10/2013).

## **ANTEPROYECTOS DE LEY**

ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de 28 de Febrero de 2012.

ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de 26 de julio de 2012.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO. ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES. Comisión Permanente de 21 de enero de 2013. Disponible en: [http://sie.fer.es/esp/Servicios/Innovacion\\_Tecnologia/Enlaces\\_Noticias\\_interes/Borrador\\_anteproyecto\\_Ley\\_Gral\\_Telecomunicaciones/webFile\\_18767.htm](http://sie.fer.es/esp/Servicios/Innovacion_Tecnologia/Enlaces_Noticias_interes/Borrador_anteproyecto_Ley_Gral_Telecomunicaciones/webFile_18767.htm) [en línea] (Consultado 21/02/2012).

ANTEPROYECTO DE LEY GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO. 24 de enero de 2013.

## **PROYECTO**

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. PROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Madrid, 10 de Octubre de 2012.

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO Y DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

P L E N O   D E L   S E N A D O (DÉCIMA LEGISLATURA) O R D E N   D E L   D Í A  
SESIÓN N.º 10 Día 8 de mayo de 2012, martes, a las dieciséis horas. Moción por la que se insta al Gobierno a la modificación del Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). (Núm. exp. 671/000017) Autor: GPEPC. Disponible en: <http://www.senado.es/cgi-bin/cgileep pleno10?9&0&pdf> [En línea]. (Consultado el 11/05/2012)

CORTES GENERALES DIARIO DE SESIONES SENADO X LEGISLATURA Núm. 17 9 de mayo de 2012 Pág. 1006. Disponible en: [http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/ds/DS\\_P\\_10\\_17.PDF](http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_10_17.PDF) [En línea]. (Consultado el 11/05/2012).

CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE. Año 2012 X Legislatura Núm. 30. Sesión plenaria núm. 29 celebrada el miércoles 16 de mayo de 2012- Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL\\_030.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL_030.PDF) [En línea]. (Consultada el 23/05/2012).

CORTES GENERALES. BOLETIN OFICAL DE LAS CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados.121/000019 Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Núm. A-19-1 de 07 de Octubre de 2012. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-19-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-19-1.PDF#page=1)

CORTES GENERALES. BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. 121/000028 Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 19 de Octubre de 2012. Núm. 28-1. Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?\\_piref73\\_1335527\\_73\\_1335526\\_1335526.next\\_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=28&numDocumento=0](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?_piref73_1335527_73_1335526_1335526.next_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=28&numDocumento=0) [En línea]. (Consultada el 21/10/2012).

CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE.Año 2012 X LEGISLATURA Núm. 84. Pág 65.Pleno. Debate de totalidad. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=65](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=65) [en línea] (Consultado 10/01/2013).

CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE. Año 2013. X LEGISLATURA. Núm 285. COMISIONES. ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. Presidencia del Excmo. Sr. D. Santiago Lanzuela Marina. Sesión núm 28 celebrada el miércoles 20 de marzo de 2013. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-285.PDF#page=2](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-285.PDF#page=2) [En línea] (Consultado 3/06/2013).

CORTE GENERALES. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES.CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA.Núm. 56-1 SERIE A: PROYECTOS DE LEY 16 DE JULIO DE 2013 PROYECTO DE LEY 121/000056 Proyecto de Ley de garantía de la unidad de mercado. Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?\\_piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-)

1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000056\*.NDOC.%29 [En línea] (Consultado 24/08/2013).

CORTES GENERALES DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS COMISIONES. Año 2013 X LEGISLATURA Núm. 393. ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD.PRESIDENCIA DEL EXCMO. SR. D. SANTIAGO LANZUELA MARINA. Sesión núm. 35 Celebrada el jueves 5 de septiembre de 2013. Comparecencias de candidatos propuestos por el Gobierno para consejeros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (Número de expediente 276/000013.). Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-393.PDF) [En línea]. (Consultado el 10/10/2013).

CONGRESO DE LOS DPUTADOS. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES CONGRESO DE LOS DIPUTADOS X LEGISLATURA Núm. 62-1.SERIE A: PROYECTOS DE LEY 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013.PROYECTO DE LEY 121/000062 Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones. Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-62-1.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-62-1.CODI.%29#(Página1)) [En línea] (Consultado 11/10/2013).

NOMBRAMIENTOS DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA CNMC

REAL DECRETO 673/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don José María Marín Quemada.(BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66444. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9467.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 674/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Vicepresidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña María Fernández Pérez. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66445. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9468.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 675/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Eduardo García Matilla. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9469.pdf> Sec. II.A. Pág. 66446. [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 676/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Josep María Guinart Solá. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66447. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9470.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 677/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña Clotilde de la Higuera González. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66448. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9471.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 678/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña María Ortiz Aguilar. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66449. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9472.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 679/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Diego Rodríguez Rodríguez. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66450. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9473.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 680/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Fernando Torremocha y García-Sáenz. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66451. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9474.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 681/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a don Benigno Valdés Díaz. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66452. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9475.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

REAL DECRETO 682/2013, de 9 de septiembre, por el que se nombra Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña Idoia Zenarruzabeitia Beldarraín. (BOE. Núm. 217 de 10/09/2013). Sec. II.A. Pág. 66453. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/09/10/pdfs/BOE-A-2013-9476.pdf> [En línea]. (Consultado el 03/10/2013)

## **ORDENES MINISTERIALES**

Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE Núm. 239 de 5/10/2013) Sec. I. Pág. 81839. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/05/pdfs/BOE-A-2013-10371.pdf> [En línea]. (Consultado 11/10/2013).

## **RESOLUCIONES**

Resolución de 9 de octubre de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se publica el Acuerdo del Consejo por el que se asignan Consejeros a la sala de Competencia y a la Sala de Supervisión regulatoria. (BOE Núm. 245 de 12/10/2013). Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/10/12/pdfs/BOE-A-2013-10645.pdf> [En línea] (Consultado 20/10/2013).

## ESTUDIOS ELABORADORES

ALVAREZ-MIRANDA NAVARRO, BERTA. *El Estado de Bienestar: Del consejo Postbélico al debate sobre su crisis y reforma*. Documento de trabajo 9505. Diciembre de 1994. Disponible en: <ftp://www.funep.es/pie/dt9505.pdf> [en línea]. (Consultado 27/03/2013).

ASOCIACION ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Comentarios de la Asociación Española de Defensa de la Competencia sobre el Anteproyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“LCCNMC”). Madrid, 7 de mayo de 2012. Disponible en: [http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/05/Comentarios\\_al\\_Anteproyecto\\_LCCNMC\\_AEDC.pdf](http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/05/Comentarios_al_Anteproyecto_LCCNMC_AEDC.pdf) [en línea]. (Consultado 07/10/2012).

ASEP Y ITU. CONECTAR A LAS AMERICAS 2012. IMPACTO REGULATORIO DE LA CONVERGENCIA Y DE LA BANDA ANCHA PARA LAS AMÉRICAS.RegImpact\_ConvergenceBroadband\_combined\_es. Disponible en: <http://www.itu.int/ITU-D/connect/americas/DisplayCategory.asp?Language=es&Cat=9> [En línea]. (Consultado 02/08/2012).

PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S.L. (PwC). Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España Telefónica España Madrid, 14 de febrero de 2012.

CÍRCULO CÍVICO DE OPINIÓN. Cuadernos. Documento 4.*La refundición de los Reguladores*. Regular en tiempos de Crisis. Mayo 2012. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012).

BETANCORT, ANDRÉS. “*Mínimos Reguladores, mínima regulación, mínima restricción y mínima distorsión a los mercados*”. Informes. Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Documento 4. Pp. 35-41. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012).

ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*Sobre la Estabilidad de la* Informes. Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Documento 4. Pp. 35-41. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012).

LOZANO CUTANDA, BLANCA. *Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave*. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/ley->

[20-2013-de-garantia-de-la-unidad-de-mercado-las-diez-reformas-clave.pdf](#) [En línea]  
(Consultado 08/05/2014).

MAER, LUCINDA. Quango. Standard note n. SN/PC/05609, de 24 jun. 2010. Disponible en: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-05609.pdf> . [en línea] (Consultado 09/04/2013).

MACLEAVY, JULIE. "The Quango Debat". RESEARCH PAPER 05/30. 11 APRIL 2005. Oonagh Gay Parliament and Constitution Centre. Disponible en: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2005/rp05-030.pdf>. [en línea]. (Consultado 05/04/2013).

MEILAN GIL, JOSÉ LUIS. "Los Órganos reguladores de España. Notas sobre una posible reforma". Ciudadanía y Valores Fundación. Madrid 28 de enero de 2010. Disponible en [www.funciva.org](http://www.funciva.org) [en línea]. (Consultada el 12/05/2012).

OECDY/IEA. REGULATORY INSTITUTIONS IN LIBERALISED ELECTRICITY MARKETS. Energy Market Reforma. International Energy Agency. 2001. Disponible en: [http://rcewm.moe.org.ir/\\_rcewm/Documents/regulatory%20institution.pdf](http://rcewm.moe.org.ir/_rcewm/Documents/regulatory%20institution.pdf) [en línea]. (Consultado 18/08/2012).

VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. "Estabilidad regulatoria". Informes. Círculo Cívico de Opinión. Cuadernos. Documento 4. Disponible en: [www.circulocivicodeopinion.es](http://www.circulocivicodeopinion.es) [En línea]. (Consultado 09/06/2012).

VIRGALA FORURIA, EDUARDO. *Las AUTORIDADES INDEPENDIENTES en España: su regulación jurídica*. EN VVAA: *Constitución económica europea y energía: regulación, competencia y servicio público*. Dirigido por Miguel Ángel García Herrera.

## DOCUMENTOS Y BLOGS JURIDICOS

Líneas Básicas del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Disponible en: <http://www.larioja.com/apoyos/documentos/anteproyecto-ley-economia-sostenible.pdf>. [En línea]. (Consultada 20/06/2011)

HERBERT SMITH FREEHILLS. Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Principales Novedades. Madrid E-Bulletin. Octubre de 30 de 2012. Disponible en: <http://sites.herbertsmithfreehills.vuturvevx.com/178/3273/landing-pages/30102012-e-bulletin-creacioncnmc.pdf> [en línea]. (Consultado el 31/10/2012)

SWAAK, CHRISTOF; VIAENE, HENDRIK; WESSELING, REIN; WYTINCK, PETER; BRAEKEN, BAS y GILLET, DELPHINE. "New Dutch "Authority for Consumers and Markets" becomes operational" de 2 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cb70ed0b-0327-4f6d-8c21-5bcd3f2d6f0> [en línea] (Consultada 11/07/2013)



## **ENMIENDAS AL PROYECTO**

CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Año 2013 X LEGISLATURA Núm 28-2- Serie A: PROYECTOS DE LEY. 13 de marzo de 2013. ENMIENDAS E INDICE DE ENMIENDAS AL ARTICULADO. 121/0000028 Proyecto de Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-28-2.PDF#page=1) [En línea] (Consultado el 6/06/2013).

CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE. Año 2012 X LEGISLATURA Núm. 84. Pág. 75. Enmiendas presentadas por (GUPyD) Orador. Anchuelo Crego, Álvaro. Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=75](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-84.PDF#page=75) [en línea] (Consultado el 22/12/2012).

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. Enmiendas a la Totalidad de Texto Alternativo al Proyecto de Ley creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Número de Exp. 121/000028). 11 de diciembre de 2012.

## **PROGRAMAS ELECTORALES Y DISCURSO DE INVESTIDURA**

Programa electoral del año 2008 “Motivos Para Crecer”, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE). Disponible en <http://www.psoe.es/ambito/saladeprensa/docs/index.do?action=view&id=176123>. [en línea]. (Consultada el 18/03/2012).

Plan del Gobierno del Partido Popular “*Lo que España Necesita*”. Disponible en [http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp\\_5741.html](http://www.pp.es/actualidad-noticia/programa-electoral-pp_5741.html). [en línea] (Consultada 18/03/2012).

Discurso de investidura el día 19 de diciembre de 2012, ante el Congreso de los Diputados. Disponible: <http://www.efe.com/FicherosDocumentosEFE/Investidura.pdf> . [en línea], (Consultada el 18/03/2012).

## **PROGRAMAS**

PROGRAMA NACIONAL DE REFORMA. ESPAÑA 2012. Disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/0E911A5C-F0F6-490F-8280-1AE0EDC539CE/201830/ECONOMIAProgramaEstabilidad.pdf> [En línea] (Consultado 30/05/2012).

## **MEMORIAS DE ANÁLISIS**

PROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO. 27 DE SEPTIEMBRE DE 2012.

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2007-2012 Cinco años en perspectiva. Noviembre de 2012.

## REPORTES

COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE. *First Report of the Committee on Standards in Public Life. Volume 1. Normas de conducta en las instituciones públicas: primer informe de la Comisión de Normas de Conducta en las Instituciones Públicas; presidente, Lord Nolan.* Traducción: Administración de la Comunidad Autónoma e Erakundea Instituto Vasco de Administración. Editorial [Oñati].: Instituto Vasco de Administración Pública, D.L. 1996.

## DOCUMENTOS DE INTERNET

ARIÑO, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL. “Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión”. En: Working Paper N° 42. Madrid, 18 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.arinoyvillar.com/libros/WPweb/WP42.pdf> [En línea]. (Consultado 26/06/2013).

AVEZUELA CÁRCEL, JESUS. “Agencias. El ejemplo Norteamericano”. En: *Ciudadanía y Valores Fundación.* Disponible en: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1225902539\\_agencias.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1225902539_agencias.pdf). [en línea]. (Consultado 21/12/2012).

BALADO RUIZ-GALLEGOS, MANUEL. “Regulación y crisis económica”. En VVAA: Unión Europea. Una publicación realizada por Deloitte, en colaboración con CISS, 61 febrero. Pp. 40-49. Disponible en: [www.politicas-e.net/app/download/.../Deloitte.+Manuel+Balado.pdf](http://www.politicas-e.net/app/download/.../Deloitte.+Manuel+Balado.pdf) [en línea]. (Consultado 06/02/2014).

BLOGECONOMIA. “Bruselas No Ve Con Buenos Ojos La Fusión De Los Órganos Reguladores”. Disponible en: <http://blogeconomia.com/2013/02/bruselas-no-ve-con-buenos-ojos-la-fusion-de-los-organos-reguladores/> [en línea] (Consultado 26/02/2013).

BUNDESNETZAGENTUR. Jahresbericht 2005. Disponible en: [http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2005/Jahresbericht2005Id5278pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2005/Jahresbericht2005Id5278pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) [En línea] (Consultado 28/01/2014).

CARRETERO MIRAMAR, JOSÉ LUIS. “*La liberalización del Sector Postal*”. Disponible en: <http://correos-madrid.cnt.es/info/sites/default/files/adjuntos/Correos%20ICEA.pdf> [En línea]. Consultado 03/06/2011.

CMA. New competition authority to make markets work well for consumers, business and the economy, 1 April 2014. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/new-competition-authority-to-make-markets-work-well-for-consumers-business-and-the-economy> [En línea]. (Consultado 25/04/2014).

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). *Regulated Industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries Consultation document September 2013 CMA10con.* Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/243707/3-guidance-on-concurrent-application-of-competition-law-to-regulated-industries-consultation.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/243707/3-guidance-on-concurrent-application-of-competition-law-to-regulated-industries-consultation.pdf) [en línea] (Consultado 01/04/2014).

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). *Regulated industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries Summary of responses to the consultation March 2014 CMA10resp.* Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/288752/CMA10resp\\_Regulated\\_industries\\_Guidance\\_SoR.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288752/CMA10resp_Regulated_industries_Guidance_SoR.pdf) [en línea]. (Consultado 03/04/2014).

DEPARTAMENT OF BUSSINESS INNOVATION ANS SKILLS. Enterprise and Regulatory Reform Act 2013. Policy Papper. June 20013. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/209896/bis-13-905-enterprise-and-regulatory-reform-act-2013-policy.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/209896/bis-13-905-enterprise-and-regulatory-reform-act-2013-policy.pdf) [en línea]. (Consultado 26/03/2014).

DTI. *CONCURRENT COMPETITION POWERS IN SECTORAL REGULATION*. A report by the Department of Trade and Industry and HM. Treasury MAY 2006.URN 06/1244. Disponible: <http://www.dti.gov.uk/files/file29454.pdf> . [en línea] (Consultado 31/03/2014).

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/energy/internal\\_energy\\_market/127005\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/127005_es.htm)

GAUROPA. NUNO. “*Organismo Reguladores*”. En VVAA: *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales: 25 propuestas.*” University of Illinois & Fedea, 2010. Disponible en: [www.fedea.net/reformasestructurales/PDF/Organismos\\_reguladores.pdf](http://www.fedea.net/reformasestructurales/PDF/Organismos_reguladores.pdf) [En línea]. (Consultado 10/12/2013).

Líneas Básicas del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Disponible en: <http://www.larioja.com/apoyos/documentos/anteproyecto-ley-economia-sostenible.pdf> [En línea]. Consultada 20-06-2011

MEILAN GIL, JOSÉ LUIS. “*Los Órganos reguladores de España. Notas sobre una posible reforma*”. Ciudadanía y Valores Fundación. Madrid 28 de enero de 2010. Disponible en [www.funciva.org](http://www.funciva.org) [en línea]. (Consultada el 12/05/2012).

MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT. “*Los Órganos Autónomos e Independientes*”. En Revista Civilizar N°5. Revista electrónica de difusión científica. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/organos\\_autonomos\\_independientes.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/organos_autonomos_independientes.htm) [En línea]. (Consultado el 10/06/2011).

MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. “*La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en europa*”. En VVAA: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie año XXXI, N° 94 enero-abril 1999. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/94/art/art3.htm> [En línea] (Consultado 6/06/2013).

NETHERLANDS COMPETITION AUTHORITY. “*Netherlands Authority for Consumers and Markets will not be launched on January 1, 2013*”. Disponible en: [http://www.nma.nl/en/documents\\_and\\_publications/press\\_releases/web/2012/41\\_12\\_netherlands\\_authority\\_for\\_consumers\\_and\\_markets\\_will\\_not\\_be\\_launched\\_on\\_january\\_1\\_2013.aspx](http://www.nma.nl/en/documents_and_publications/press_releases/web/2012/41_12_netherlands_authority_for_consumers_and_markets_will_not_be_launched_on_january_1_2013.aspx) [en línea] (Consultado el 28/02/2013).

PANADÈS ESTRUCH, LAURA. “*La potestad reglamentaria de las Administraciones independientes*”. Disponible en: <http://addendareview.com/wp-content/uploads/2012/06/La-potestad-reglamentaria.pdf>. [En línea] (Consultado 24/07/2012).

PIÑAR MÑAS, JOSÉ LUIS. Protección de Datos: Origen, situación actual y retos de futuro. Disponible en: [http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada15/2\\_PINAR\\_1.pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada15/2_PINAR_1.pdf) [en línea] (Consultado 04/04/2014).

OECD GUIDING PRINCIPLES FOR REGULATORY QUALITY AND PERFORMANCE. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/19/51/37318586.pdf>

OFFICE OF FAIR TRADING. *Concurrent application to regulated industries. Competition law 2014*. Disponible en: [http://www.oft.gov.uk/shared\\_of/business\\_leaflets/ca98\\_guidelines/oft405.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/oft405.pdf) [en línea]. (Consultado 31/03/2014).

SEELY, ANTONY. *The UK competition regime - Commons Library Standard Note 25 April 2014* | Standard notes SN04814. Disponible en: <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN04814/the-uk-competition-regime>. [En línea]. (Consultado 26/04/2014). SEELY, ANTONY. *The UK competition regime - Commons Library Standard Note 25 April 2014* | Standard notes SN04814. Disponible en: <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN04814/the-uk-competition-regime> [En línea]. (Consultado 26/04/2014).

STIRN, BERNAND. Consejero de Estado y profesor del Institut d'études politiques (Instituto de estudios políticos) de París. Disponible en: <http://www.ambafrance-co.org/spip.php?article349>, Consultado. 1 de abril de 2010. [En línea].

## NOTAS

BEREC. BEREC statement on independence of NRA's. Disponible en: [http://bereg.europa.eu/files/document\\_register\\_store/2012/11/BoR\\_%2812%29\\_119\\_BEREC\\_statement\\_on\\_independence\\_of\\_NRAs.pdf](http://bereg.europa.eu/files/document_register_store/2012/11/BoR_%2812%29_119_BEREC_statement_on_independence_of_NRAs.pdf) [en línea] (Consultado el 05/03/2013).

GARCIA CASTIJELLO, ÁNGEL. NOTAS AL ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACION DE LA COMISION NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA.

## TESIS DE GRADO Y TESIS DOCTORALES

LEON MARTINEZ, ANGELICA MARÍA. 2010. Modelo para armar: Regulación de las comunicaciones y tecnologías de la información. *Tesis de grado, para optar para el título de abogado*. Universidad Externado de Colombia. 2009.

JELEZTCHEVA JELEZTCHEVA, MARÍA. Las autoridades de defensa de la competencia: los Estados Unidos y la Unión Europea : España y Bulgaria. Dirigida por, Juan de la Cruz Ferrer. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. 2007.

## ARTICULOS DE PRENSA

BALLOTA, DAVID. “El regulador único del Gobierno (la CNMC) ya no disgusta a Bruselas”. Economía Digital. Nación Digital. Disponible en: <http://www.nacionred.com/economia-digital/el-regulador-unico-del-gobierno-la-cnmc-ya-no-disgusta-a-bruselas> [en línea] (Consultado 28/02/2013)

BROKELMANN, HELMUT. “La nueva CNMC y la seguridad jurídica”. Tribuna. Cinco Días. Disponible en: [http://cincodias.com/cincodias/2013/11/28/empresas/1385653743\\_076395.html](http://cincodias.com/cincodias/2013/11/28/empresas/1385653743_076395.html) [en línea] (Consultado 1/03/2014).

El Confidencial Digital. “Bruselas frena en seco al Gobierno y su proyecto para crear un macroregulador de la economía en España. Fue uno de los anuncios estrella del Ejecutivo”. Disponible en: <http://elconfidencialdigital.com/dinero/075731/bruselas-frena-en-seco-al-gobierno-y-su-proyecto-para-crear-un-macroregulador-de-la-economia-en-espana-fue-uno-de-los-anuncios-estrella-del-ejecutivo> . [En línea]. (Consultado 31/07/2012).

CABRALES, ANTONIO, LLOBET CODINA, GERARD Y GANUZA FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ. “Superregulador: ¿expertos independientes?. Opinión. El País. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2013/09/11/opinion/1378893667\\_253607.html](http://elpais.com/elpais/2013/09/11/opinion/1378893667_253607.html) [En línea] (Consultado 13/10/2013).

COSTAS, ANTON. Una Fusión Explosiva. Opinión. El País. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382\\_919892.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html) [en línea] (Consultado 09/05/2012).

DELGADO, JUAN; GARCIA COBOS, JULIO Y GARCIA DÍAZ, ANTON. “*La reforma de los Organismos de Regulación (I): Los Límites a la integración.* Disponible en: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=18939> [En línea] (Consultado 05/07/2014).

Estrella Digital. “Rajoy defiende la unificación de organismos y los recortes para salir "del pozo". Disponible en: [http://www.estrelladigital.es/espana/Rajoy-defiende-unificacion-organismos-recortes\\_0\\_1177082352.html](http://www.estrelladigital.es/espana/Rajoy-defiende-unificacion-organismos-recortes_0_1177082352.html) .[En línea]. (Consultado el 16/05/2012).

Expansión.” De Guindos dice que con la reforma de supervisores se gana en transparencia”. Disponible en: <http://www.expansion.com/agencia/efe/2012/04/24/17187208.html> [En línea]. (Consultado 1/05/2012).

Expansión. “El Senado insta al Gobierno a fijar un marco común para los entes reguladores” Disponible en: <http://www.expansion.com/agencia/efe/2012/05/09/17232752.html> [En línea]. (Consultado 11/05/2012).

Expansión. “*El Círculo Cívico acusa al Gobierno de querer controlar los entes reguladores*”. Disponible en: <http://www.expansion.com/agencia/efe/2012/06/01/17310248.html> [En línea]. (Consultado 02/06/2012).

Expansión. “*La regulación, otra vez en revisión*”. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/07/03/opinion/editorialyllaves/1341347689.html>. [En línea]. (Consultado 31/06/2012).

Expansión. “*Los polvos y los lodos del Regulador Único*”. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/08/10/opinion/editorialyllaves/1344629245.html?a=e436d83de6a1bcc2a35215c9e1061b44&t=1345332381> [en línea]. (Consultado 15/08/2012)

Expansión. “*Consejo asesor.Reguladores y supervisores independientes*”. En: El Sueño de Jardiel. Blog de Manuel Conthe. Disponible en: <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2012/08/17/reguladores-financieros-y-supervisores.html> [en línea]. (Consultado 18/08/2012).

Expansión. “*Consejo asesor. Organismos Reguladores Independientes*”. En: El Sueño de Jardiel. Blog de Manuel Conthe. Disponible en:

<http://www.expansion.com/blogs/conthe/2009/10/06/organismos-reguladores-independientes.html> [en línea]. (Consultado 18/08/2012).

EUROPAEXPRESS. “*La Nueva Comisión tendrá casi 50 millones de gastos*”. Disponible en: <http://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-gobierno-calcula-fusion-siete-organismos-supervisores-supondra-ahorro-2815-millones-20121016194924.html> [en línea]. (Consultado 17/10/2012).

EUROPAEXPRESS. “*Almunia vigilará la fusión de los reguladores en España para garantizar que cumpla las normas de la UE*”. Disponible en: <http://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-macro-almunia-vigilara-fusion-reguladores-espana-garantizar-cumpla-normas-ue-20120521174559.html> [En línea]. (Consultado 23/05/2012).

EUROPA PRESS. “*El Congreso podrá vetar a los consejeros del nuevo organismo regulador que proponga el Gobierno*”. Disponible en: <http://www.labolsa.com/noticias/20130226133746001/el-congreso-podra-vetar-a-los-consejeros-del-nuevo-organismo-regulador-que-proponga-el-gobierno/> [en línea] (Consultado el 03/03/2013)

INFORMACIÓN & FINANZAS.COM. “*El Gobierno coincide con Bruselas en garantizar la independencia de la CNCM*”. Información & Finanzas.Com. Disponible en: <http://www.finanzas.com/noticias/economia/20130225/gobierno-coincide-bruselas-garantizar-1738580.html> [en línea] (Consultada el 26/02/2013).

LA RAZON. “*El Gobierno modificará el proyecto de regulador único para adaptarlo a la UE*”. Economía. La Razón. Disponible en: [http://www.larazon.es/detalle\\_normal/noticias/1254821/el-gobierno-modificara-el-proyecto-de-regulado#.UTHIKaIXGJ0](http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/1254821/el-gobierno-modificara-el-proyecto-de-regulado#.UTHIKaIXGJ0) [en línea] (Consultado el 01/03/2013)

LLORANTE, CARMEN. “*Los organismos reguladores perderán independencia y eficacia con la fusión*”. El Mundo. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/01/economia/1338551793.html> [En línea]. (Consultado 01/06/2012).

MONFORTE, CARMEN. MONFORTE, C y DE MIGUEL. B. “*Soria cierra acuerdo con la CE para la fusión de los reguladores*”. Cinco Días. Edición impresa 27 de febrero de 2013. Pp. 8.

- “*El PSOE busca apoyo parlamentario contra la reforma de los reguladores*”. Cinco Días. Disponible en: [http://www.cincodias.com/articulo/empresas/psoe-busca-apoyo-parlamentario-reforma-reguladores/20120529cdscdiemp\\_3/](http://www.cincodias.com/articulo/empresas/psoe-busca-apoyo-parlamentario-reforma-reguladores/20120529cdscdiemp_3/) [En línea]. (Consultado el 30/05/2012).

-*“La oposición busca un pacto para librar a la CNC de la fusión de los reguladores”*. Disponible en: [http://www.cincodias.com/articulo/empresas/oposicion-busca-pacto-librar-cnc-fusion-reguladores/20121017cdscdsemp\\_24/](http://www.cincodias.com/articulo/empresas/oposicion-busca-pacto-librar-cnc-fusion-reguladores/20121017cdscdsemp_24/) [En línea]. (Consultado el 17/10/2012).

MUÑOZ, RAMÓN. *“El Gobierno cambiará el regulador único ante el ultimátum de Bruselas”*. El País. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2013/02/25/actualidad/1361808060\\_183503.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/02/25/actualidad/1361808060_183503.html) [en línea] (Consultado el 26/02/2013)

NAVARRO RODRIGUEZ, PILAR. *“A propósito de la reforma de los organismos reguladores”*. Expansión. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/04/23/opinion/tribunas/1335217244.html> [Enlínea]. (Consultado 10/05/2012).

PASCUAL Y VICENTE, JULIO. *“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*. Expansión. Disponible en: <http://www.expansion.com/2012/08/08/opinion/tribunas/1344455211.html?a=59b477b41a298c548e55d6c8f388dfd3&t=1345333479> [en línea]. (Consultado 12/08/2012).

PEREZ, CLAUDI. *“Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores.”* El País. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846\\_167142.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html) [en línea] (Consultado 26/02/2013).

-*“Bruselas critica con dureza las medidas de Rajoy contra la crisis”*. El País. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2012/05/31/actualidad/1338494965\\_028552.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/05/31/actualidad/1338494965_028552.html) [En línea] (Consultado 01/06/2012).

DE LA QUADRA-SALCEDO, TOMAS. *“A la Confusión por la fusión. La pérdida de independencia de los organismos regulatorios no asegura nada bueno”*. El País. Disponible en: [http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051\\_273410.html](http://economia.elpais.com/economia/2012/04/19/actualidad/1334860051_273410.html) [En línea]. (Consultado el 10/05/2012)

SANCHEZ GRAELLS, ALBERTO. *“Un regulador atrapado por sus propios actos”*. Disponible en: <http://www.caffereggio.net/2007/09/07/un-regulador-atrapado-sus-propios-actos-albert-sanchez/> . [En línea] (consultado 20/03/2914).

SORIANO GARCIA, JOSE EUGENIO. *“Adiós a la Comisión Nacional de Competencia”*. El imparcial. Disponible en: <http://www.elimparcial.es/economia/adios-a-la-comision-nacional-de-competencia-125006.html> [En] línea (Consultado 02/07/2013).

VIRGILIA FORURIA, EDUARDO. *“La unificación de los Reguladores”*. Disponible en: [http://www.lavozdigital.es/cadiz/v/20120708/opinion/unificacion-reguladores-2012070\\_8.html](http://www.lavozdigital.es/cadiz/v/20120708/opinion/unificacion-reguladores-2012070_8.html) [En línea] (Consultado 31/07/2012).



